

BARNES RETTIGHETER I BARNEFORDELINGSSAKER OG SAKER OM SAMVÆR



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 641
Leveringsfrist: 25.11.09

Til sammen 17941 ord

23.11.2009

INNHALDSFORTEGNELSE

1. INNLEDNING	4
1.1 Problemstilling:.....	4
1.2 Avgrensning av oppgaven:	5
1.3 Oppbygging av oppgaven:	6
2. <u>BARNETS BESTE</u>.....	7
2.1 Barneloven § 48.....	7
2.1.1 Lovkommentarer og forarbeider til bl § 48.....	8
3. <u>BARNES PROSESSUELLE RETTIGHETER I BARNEFORDELINGSSAKER OG SAKER OM SAMVÆR</u>	10
3.1 Betydningen av barnets mening og alder ved fastsettelsen av samværet:.....	10
3.2 Barns uttalelsesrett.....	11
3.2.1 Barneloven § 31	12
3.2.2 Endringer gjort i regelverket i forhold til uttaleretten	12
3.2.3 Gjeldende rett før endringene	13
3.2.4 Hvorfor endring av uttalerettens aldersgrense i barneloven § 31 ble foretatt:	13
3.2.5 Nærmere om innholdet i barneloven § 31.....	15
3.3 Barns rett til advokat	20
4. <u>BARNES PROSESSUELLE RETTIGHETER I PRAKSIS</u>	24
4.1 Innhenting av barnets syn.....	24
4.1.1 Barneloven § 61 nr. 4.....	25
4.1.2 Veileder Q-15/2004	27
4.1.3 Er uttaleretten en ubetinget rett for barnet	30
4.1.4 Etske dilemma knyttet til barn og unges uttalerett i barnefordelingssaker og saker om samvær.....	35
5. <u>RETTSUTVIKLING</u>	38

5.1	Barnefordelingssaker og saker om samvær som ender i forlik.....	38
5.2	Undersøkelsens datagrunnlag	39
5.3	Lagmannsrettsdommer 1980-1994:	40
5.4	Høyesterettsdommer 1980-1984	42
5.5	Lagmannsrettsdommer 1996-2003.....	44
5.6	Høyesterettsdommer 1995-2003	47
5.7	Lagmannsrettsdommer 2004-2009.....	49
5.8	Høyesterettsdommer 2004-2009	52
5.9	Oppsummering rettsutvikling	54
	Rettsutvikling barneloven § 61 nr. 5	56
6.	<u>RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER.....</u>	<u>57</u>
6.1	Rettssikkerhet	57
6.2	Hvordan bør uttaleretten styrkes.....	59
6.3	Ubetinget uttalerett for barn under 7 år	60
7.	<u>AVSLUTTENDE ORD.....</u>	<u>62</u>
8.	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>63</u>

1. INNLEDNING

Oppgaven ligger innenfor barneretten som hører inn under det privatretslige institutt.

Når det gjelder valg av tema begrunner jeg dette i at barnefordeling ikke bare er svært aktuelt i dagens samfunn, men det må sies å være evigvarende.

Videre vil jeg påpeke at i de aller fleste saker om barnefordeling og samvær kommer partene til enighet. Av det grunn har det vært interessant å gå inn i de barnefordelingssaker som faktisk ender i rettsprosessen, og fordype seg i barns rettigheter under selve prosessen.

1.1 Problemstilling:

Problemstillingen i denne oppgaven er «Hvilke prosessuelle rettigheter har barn i barnefordelingssaker og saker om samvær. Får disse rettighetene faktisk gjennomslag i praksis, og blir de ivaretatt på en god og forsvarlig måte?»

Det jeg ønsker med denne oppgaven er å belyse hvilke rettigheter barn er gitt gjennom regelverket når det kommer til saker om samvær og barnefordeling. Videre ønsker jeg å finne ut av om disse reglene er ubetinget. Får barn i alle tilfeller brukt de rettighetene de er gitt, og eksisterer det retningslinjer som gjør at barns rettssikkerhet blir ivaretatt.

1.2 Avgrensing av oppgaven:

Det rettslige utgangspunktet for oppgaven er lov om barn og foreldre 8. april 1981 nr 7 (barneloven), heretter forkortet til bl.

Prinsipperklæringen om barnets beste i bl § 48 skal alltid tas i betrakting i saker som gjelder barn, og jeg velger derfor å innlede oppgaven med en fremstilling av denne bestemmelsen.

Da jeg i min problemstilling retter oppgaven mot barns prosessuelle rettigheter, vil saker som har endt i forlik kun bli kort behandlet under oppgavens punkt 5.1. Hovedvekten vil ligge på barns rettigheter i saker som har havnet i selve prosessen.

Barns prosessuelle rettigheter i saker om samvær og barnefordeling finnes i lovverket i form av barnelovens § 31 som omhandler barns uttalerett og § 61 nr. 5 som tar for seg barns rett til advokat. Jeg kommer til å behandle begge disse bestemmelsene, men hovedvekten av oppgaven vil tillegge barneloven § 31. Grunnlaget for dette er at bl § 31 er en generell regel som gir alle barn en rett til å uttale seg, i motsetning til § 61 nr. 5 som omhandler særlige tilfeller og derav ikke er en ubetinget rett.

Supplerende til barnelovens regler vil også enkelte av bestemmelsene i barnekonvensjonen bli gjennomgått.

På grunnlag av ordlyden i barneloven § 31 vil oppgaven i hovedsak omhandle barn som har fylt sju år. Barn under sju år vil likevel bli berørt, da bl § 61 nr. 5 ikke oppsetter noen aldersgrense.

Oppgaven gjelder ordinære barnefordelingssaker, og den avgrenses derfor mot barnevernssaker og straffesaker.

1.3 Oppbygging av oppgaven:

Jeg starter oppgaven med en kort redegjørelse av regelen om barnets beste i barneloven § 48.

Videre vil jeg behandle barnelovens §§ 31 og 61 nr. 5 som omhandler de prosessuelle rettighetene som barn besitter i saker om samvær og barnefordeling.

Videre ser jeg på hvordan disse reglene faktisk blir brukt i praksis, og ser deretter på regelverkets rettsutvikling.

Avslutningsvis kommer rettspolitiske betraktninger og avsluttende ord.

2. BARNETS BESTE

I ethvert tilfelle hvor det har oppstått et samlivsbrudd mellom foreldre og det skal avgjøres hvem som skal ha foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast, samvær m. m, skal alltid hva som er det beste for barnet være i fokus.

2.1 Barneloven § 48

Prinsippet om barnets beste er slått fast i bl § 48 (1) hvor det heter at *"Avgjerder om foreldreansvar, om kvar barnet skal bu fast og om samvær, og handsaminga av slike saker, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet."*

I de fleste barnefordelingssaker vil det foreligge sterk uenighet fra partenes side om hva som er barnets beste, og det er rettens oppgave å treffe denne avgjørelsen. Før det blir tatt en avgjørelse, må ulike momenter vurderes. Momentene vil være alt fra hva barnet selv ønsker, risikoen ved miljøskifte, best mulig samlet foreldrekontakt, hvor det er mest stabile forhold i hjemmet, den enkelte forelders omsorgsevne og ellers personlige omsorgsevne, hensynet til ikke å dele opp søskenflokker og hvilket kjønn barnet har.

I de fleste barnefordelingssaker foreligger det konflikt mellom partene, og det er viktig å holde fokus på relevante momenter i vurderingen av hva som er barnets beste. Man må altså se bort fra irrelevante bemerkninger om hvem som har skyld i hva, da partene ofte selv ønsker å legge vekt på nettopp slike ting. Hvem som har skyld i samlivsbruddet trenger på ingen måte å ha betydning for hvor barnet vil få det best.

Den klareste retningslinjen for skjønnnet over barnets beste dreier seg om relevansen og vekten av barnets eget ønske. Dette er den eneste retningslinje for skjønnnet som er nevnt i loven.¹ Da denne oppgaven dreier seg om barnets uttalelsesrett, velger jeg ikke å gå nærmere inn på de andre momentene.

Ettersom hensynet til barnets beste er en overordnet rettesnor i alle saker som vedrører barnet, både materielt og prosessuelt, er hensynet også av betydning for barns uttalerett.

¹ Barnefordelingstvister s. 63

Reglene om når barnet skal høres er prosessuelle. Det materielle aspektet er at barnets mening skal tas i betraktning samt hvilken vekt den skal tillegges. Den materielle siden er den interessante under behandlingen av barnets beste.²

Bl § 48 andre ledd lyder som følgende: *"ved avgjerda skal det takast omsyn til at barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helse vert utsett for skade eller fare."* Jeg velger og ikke å kommentere dette andre ledd videre da det ikke vil være relevant for oppgaven.

2.1.1 Lovkommentarer og forarbeider til bl § 48

Bl § 48 ble vedtatt ved lov 20.juni 2003 nr. 40, og trådte i kraft 1.april 2004.

Denne bestemmelsen fastslår at kriteriet om barnets beste skal være det styrende både når det kommer til innholdet av avgjørelsene, og under saksbehandlingen.

Hensynet bak denne nye regelen er å fokusere på barnets beste som overordnet norm og gjøre loven mer oversiktlig.³

Når det gjelder barnets beste som det avgjørende kriteriet, har det tidligere vært plassert i bestemmelsene for den enkelte sakstype. Bl § 48 avløser følgende bestemmelser i tidligere barnelov; §§ 34 tredje ledd fjerde punktum, 44 a tredje ledd fjerde punktum, 45 første ledd tredje punktum og 37 andre ledd tredje punktum.⁴

Også advokater og sakkyndige må gjennom hele saksbehandlingen ta hensyn til barnets beste.

Prinsippet om barnets beste er i tillegg fastslått i barnekonvensjonen artikkel 3 nr 1, og lyder som følgende etter norsk oversettelse;

«Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.»

² Kirsten Sundberg 2003 s. 63

³ Ot.prp. nr 29 (2002-2003) s. 82

⁴ Ot.prp. nr 29 (2002-2003) s. 82

Mer om konvensjonens regler og hvordan norsk rett forholder seg til disse, kommer under oppgavens punkt 3.2.4.

3. BARNES PROSESSUELLE RETTIGHETER I BARNEFORDDELINGSSAKER OG SAKER OM SAMVÆR

Barn og unge har ikke partsrettigheter i saker om barnefordelingssaker da de ikke er en part i en eksisterende sak mellom to foreldre, og skiller seg dermed fra andre sivile saker, barnevernssaker, straffesaker og enkelte forvaltningssaker hvor barn vil oppnå partsstatus etter å ha oppnådd en viss alder. I tillegg har barn i farskapssaker partsrettigheter uansett alder etter bl § 17.

Med andre ord er barnet i barnefordelingssakene tvistens gjenstand, men har ikke prosessuelle rettigheter utover retten til å bli hørt i medhold av bl § 31, og eventuelt til å ivareta sine interesser gjennom en oppnevnt advokat etter bl § 61 nr 5.⁵

3.1 Betydningen av barnets mening og alder ved fastsettelsen av samværet:

Når det gjelder barns uttalelsesrett i forhold til samværsaker, er ikke dette direkte regulert i loven. Likevel følger det av loven at det skal legges vekt på barnets mening i henhold til alder og modenhet. Dette gjelder også ved fastsettelse av samvær.⁶

I saker som gjelder samvær vil det ofte være enklere å få frem barns virkelige mening enn i saker som gjelder hvor barnet skal bo fast. Dette begrunnes i at fra det tidspunkt foreldrene går fra hverandre vil det i de fleste tilfeller avtales en midlertidig samværs ordning for barna. Dersom foreldrene ikke kommer til enighet og sakene ender i retten, vil altså barna allerede være kjent med det å ha samvær med begge foreldrene. Det å skulle velge et sted og bo kan virke mer fjernt og vanskelig å forholde seg til. Det er likevel en selvfølge å ta barns alder og modenhet i betraktning, da det er enklere for et barn på 12 år å forstå tidsperspektiv som annenhver helg og tre uker hver sommer enn det vil være for et på fire.

Samværet vil være mye enklere å gjennomføre dersom det er en ordning barnet er fortrolig med, og det er i tillegg til rettens plikt til å høre barnet også en løpende plikt for foreldrene til virkelig å ta seg tid til å lytte til barnets ønsker uten og på noen måter legge føringer for avgjørelsen som skal bli tatt.

⁵ Barnefordelingstvister s. 196

⁶ Barnefordelingstvister s. 122

Der barn er gitt anledning til å uttale seg ligger utfordringen i å virkelig fange barnets mening. Ofte vil foreldre bevisst eller ubevisst påvirke barns meninger. For å vite at det virkelig er barnets egne meninger som blir uttrykt, må det sees i sammenheng med barnets oppførsel. Dersom et barn verbalt uttrykker sterke meninger om at det ikke vil være hos far, men på en annen side velvillig blir med han når det hentes, er det mye som tyder på at dette barnet er under sterkt påvirkning, bevisst eller ubevisst, fra sin mor. Betydningen av barnets mening ved fastsettelse av samvær vil alltid spille en større rolle jo eldre barnet blir. Dette begrunnet i at det i henhold til en naturlig livs utvikling vil få andre behov enn da det var yngre. Kanskje vil ønske om utvidet samvær til den av foreldrene man ikke bor hos fast være ønskelig, eller i andre tilfeller vil barnet ha behov for å være mer i sitt faste hjem da tilknytning til venner og fritidsaktiviteter ofte blir svært viktig når barn kommer i ungdoms årene.

Etter hvert som barnet blir ungdom, vil dets mening spille en selvstendig rolle i saker som gjelder tvangsfullbyrdelse av samværsrett. Ved vurderingen om samværsretten kan tvangsfullbyrdes, er det vilkår at fullbyrdelse ikke er umulig. Slik umulighet kan foreligge dersom barnet (ungdommen) har en bastant motvilje mot gjennomføring av samvær og slik fullbyrdelse derfor vil fremstå som en integritetskrenkelse.⁷

3.2 Barns uttalelsesrett

Uttaleretten er et redskap for å ivareta barns verdighet og følelsen av å ha innflytelse på egen sak og eget liv. Barnets uttalerett er fundamental, særlig siden barnet i utgangspunktet ikke har samme mulighetene som foreldrene til å komme til orde og legge frem sin versjon av virkeligheten.⁸

Norge har vært et pionerland når det gjelder barns rett til å bli hørt. Da den norske barneloven kom i 1981 med bestemmelser om barns rett til å være med på avgjørelser, var det få andre land som hadde tilsvarende bestemmelser. Artikkel 12 i FNs barnekonvensjon fra 1989 om barns rett til å bli hørt, var en nyskapning i internasjonal rett,

⁷ Barnefordelingstvister s. 123

⁸ Trude Haugli 2000 s. 404-405

og den var kontroversiell. I de årene som har gått siden den gang, har det imidlertid også internasjonalt blitt en stadig bredere aksept for barns rett til å være med på avgjørelser om personlige forhold.⁹

3.2.1 Barneloven § 31

Barns uttalelsesrett er regulert i barneloven § 31:

Rett for barnet til å være med på avgjørd

Etter kvart som barnet blir i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreier seg om, skal foreldra høyre kva barnet har å seie før dei tek avgjørd om personlege tilhøve for barnet. Dei skal leggje vekt på det barnet meiner alt etter kor gammalt og modent barnet er. Det same gjeld for andre som barnet bur hos eller som har med barnet å gjere.

Når barnet er fylt 7 år, skal det få seie si mening før det vert teke avgjørd om personlege tilhøve for barnet, mellom anna i sak om kven av foreldra det skal bu hos. Når barnet er fylt 12 år skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner.

3.2.2 Endringer gjort i regelverket i forhold til uttaleretten

Den generelle bestemmelsen i bl § 31 om barnets rett til å være med på avgjørelser ble endret ved lov 20.juni 2003, og trådte i kraft 1. april 2004. Ved denne lovendringen ble aldersgrensen for når barn skal få anledning til å uttale seg, senket fra tolv til sju år.

⁹ Barn og foreldre s. 116

3.2.3 Gjeldende rett før endringene

Før endringene ble foretatt i 2003, var gjeldende rett at barnet etter bl § 31 har rett til å være med på avgjørelser. Det følger av bestemmelsens andre ledd at barn som har fylt 12 år skal få si sin mening før det tas avgjørelser om personlige forhold for barnet, og det skal legges *stor* vekt på hva barnet mener. Sak om hvem av foreldrene barnet skal bo hos, er spesielt nevnt i den forbindelse. Også før barnet er 12 år skal foreldre og andre, *etter hvert som barnet utvikles og modnes*, høre hva barnet har å si etter samme bestemmelses første ledd. Det skal legges *vekt* på barnets mening.¹⁰ Tidligere fantes en regel om barns uttalerett i personlige forhold i vergemålsloven § 40. Denne ble avløst av barneloven § 31 I forarbeidene til barneloven ble det opprinnelig foreslått at det burde være en 7 års aldersgrense for å høre barn i personlige forhold. Utvalget mente den gang at 12 års grensen var for høy, og at retten til å bli hørt i personlige forhold burde tilnærme seg den normale skolealder som er 7 år.¹¹ Til tross for at justiskomiteen var enig i den prinsipielle vurderingen av at barnet tidlig bør få uttalelsesrett, valgte de å gå for en mer generelt formulert regel. Dette begrunnet de i at det ville virke positivt at det ikke var nedskrevet en bestemt aldersgrense, da dette ville føre til at tilfeller hvor det er naturlig at helt små barn får si sin mening enklere ville få gjennomslag. Komiteen la imidlertid vekt på at det normale utgangspunktet bør være at barnet blir hørt fra det er i skolepliktig alder.¹²

3.2.4 Hvorfor endring av uttalerettens aldersgrense i barneloven § 31 ble foretatt:

Barnekonvensjonen ble vedtatt av FNs generalforsamling 20.november 1989 og ratifisert av Norge 8. januar 1991. Den trådte i kraft for Norge 7. februar 1991. Norge er av denne grunn folkerettslig forpliktet til å oppfylle alle bestemmelsene i denne konvensjonen.

¹⁰ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s.57

¹¹ NOU 1977: 35 s. 48, 2. spalte

¹² Innst. O. nr. 30 (1980-81) s. 8 flg.

Etter denne inkorporeringen av barnekonvensjonen ble det vedtatt å endre barneloven § 31. Endringen tok sikte på å utvide barnets rett til å bli hørt, og bedre være i samsvar med barnekonvensjonens artikkel 12.

Barnekonvensjonen artikkel 12 (norsk oversettelse):

«1. Partene skal garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunktene i alle forhold som vedrører barnet, og gi barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet.

2. For disse formål skal barnet særlig gis anledning til å bli hørt i enhver rettslig og administrativ saksbehandling som angår barnet, enten direkte eller ved en representant eller et egnet myndighetsorgan og på en måte som samsvarer med vedkommende lands saksbehandlingsregler.»

Barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1 i forhold til barneloven § 31:

Barnekonvensjonen stiller ikke opp noen aldersgrense. Som vi ser av ordlyden i artikkel 12, skal ethvert barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter få gi uttrykk for sine meninger. Dette er i samsvar med bl § 31 første ledd. Videre stiller artikkel 12 et krav til partene om at barnet virkelig skal få si sin mening i likhet med det kravet som blir stilt til foreldre og andre som barnet har med å gjøre i bl § 31. Artikkel 12 krever at barnets synspunkter skal gis behørig vekt. Også dette er i samsvar med bl § 31 som har valgt ordlyden «legge vekt på det barnet meiner.» Begge bestemmelsene tar barnets alder og modenhet i betraktning når avgjørelser skal tas.

Forskjellene i disse to reglene er at bl § 31 presiserer at det gjelder personlige forhold noe barnekonvensjonens artikkel 12 ikke gjør. Videre har bl § 31 valgt å være litt mer konkret i andre ledd hvor den kommer inn med en 7 års aldersgrense.

I forarbeidene står det at ny bestemmelses første ledd inneholder, som i dag, en skjønnsmessig formulering. Første ledd første og andre punktum er imidlertid endret slik at de er mer i samsvar med ordlyden i barnekonvensjonen artikkel 12 nr. 1. Dette er ikke ment å innebære noen realitetsendring.

I nytt andre ledd er nåværende aldersgrenses for barnets ubetingede uttalerett senket fra 12 til 7 år. Dette betyr at alle barn skal gis anledning til å bli hørt fra 7 års alder, noe som antas å få særlig betydning i barnefordelingssaker for domstolene. Dagens regel om at barnets mening skal tillegges stor vekt fra 12 års alder foreslås opprettholdt i bestemmelsens andre ledd andre punktum.

3.2.5 Nærmere om innholdet i barneloven § 31

Oversikt over barneloven § 31

I bl § 31 første ledd finner vi den alminnelige regelen om barns uttalerett. Denne bestemmelsen inneholder to hovedmomenter. Det første finner vi i annet punktum som sier at et skal legges vekt på barnets synspunkter, og det andre i første punktum hvor barnets uttalelsesrett kommer til uttrykk ved at det foreligger en aktiv plikt til å innhente barnets mening.

Saker hvor barneloven § 31 anvendes

Når det gjelder bestemmelsen i bl § 31, har den primært sitt anvendelsesområde når det gjelder barnefordelingstvister. Som man ser i regelens første ledd, er denne uttalelsesretten gjeldende bare for barnets personlige forhold.

Når det gjelder andre forhold som for eksempel spørsmål om barnets økonomi, reguleres disse av vergemålsloven (vml) § 40 første ledds første punktum som sier at en verge skal høre på hva en umyndig på over 14 år har å si før en beslutning bli tatt.

Når det gjelder bl § 31 krever bestemmelsen altså ikke at barnet blir informert om og tatt med på avgjørelsen av familiens øvrige saker, for eksempel om familiens økonomi. En annen sak er at dette hører med til god barneoppdragelse. Ved avgjørelser som får direkte konsekvenser for barnet, for eksempel om foreldrene skal ta seg et nytt arbeid så familien må flytte, er det rimelig å følge prinsippet i bl § 31.¹³

¹³ Barneloven kommentarutgave s. 293

Barnet skal få si sitt syn

Uttaleretten sett fra barnets side er altså en rett til å få komme med sine synspunkt når en beslutning av personlig art skal bli tatt. Men bestemmelsen i bl § 31 innebærer også som vi ser i første ledd første punktum en plikt for foreldrene til aktivt og forhøre seg med barnet, og virkelig å høre hvilket syn barnet har i den gjeldende sak.

Men det er på ingen måte nok at foreldrene tar hensyn til hva barnet mener. For at barnet i det hele tatt skal ha muligheten til å danne seg et syn, må det ha fått tilstrekkelig og ikke minst riktig informasjon.

I tillegg foreligger et også en plikt for foreldrene til å forberede barnet på hva som skjer, og hva som kan komme til å skje i fremtiden. Det er også viktig å alltid ta barnets alder i betraktning. Jo eldre og mer modent barnet er, jo mer viktig er det at barnet får ta del i diskusjonene slik at det får mest mulig fakta om sakens anliggende.

Hvem uttaleretten gjelder overfor

I bl § 31 første ledd tredje punktum heter det at uttaleretten ikke bare gjelder i forhold til foreldrene, men også overfor «andre som barnet bor hos eller som har med barnet å gjøre». For å stadfeste hvem dette gjelder, siteres følgende fra Innst.O. nr. 30 (1980-81) s. 9: «Komiteen tenker her særlig på verger, fosterforeldre, institusjoner eller andre som barnet bor hos i kortere tid, eller som på annen måte har med barnets personlige forhold å gjøre.» Bestemmelsen vil også ha betydning for steforeldre.¹⁴ I situasjoner hvor voksne ikke har noen uttalerett vil derimot regelen ikke kunne anvendes. Heller ikke i enkelte type institusjoner vil barn ha medbestemmelsesrett etter bl § 31 dersom dette vil være i strid med de regler som gjelder for den enkelte institusjon. Eksempel på slike institusjoner er fengsler og psykiatriske sykehus. Det samme vil også gjelde skolen der skolelovgivningen vil være det som gjelder, til tross for at det her vil finnes et visst rom for å bruke prinsippet i § 31 som veiledende norm.¹⁵

Når vi ser på bestemmelsens andre ledd er det nærliggende å tro at det omhandler både foreldre, offentlige organer og andre som skal ta avgjørelser som omhandler barnets

¹⁴ Barneloven kommentarutgave s. 294

¹⁵ Innst.O. nr 30 (1980-81) s. 9 spørsmål 1

personlige forhold. I forarbeidene er det likevel gitt uttrykk for at det skal gjelde samme avgrensing som i første ledd. Tolkningen av første ledd blir med andre ord avgjørende for hvilken forskjell dette vil utgjøre i realiteten.

Når det gjelder spørsmålet om når barn bør høres av offentlige myndigheter i andre sammenhenger, bør dette primært reguleres i særlovgivningen for det enkelte saksfelt. På den måten kan eventuelle aldersgrenser tilpasses sakens art. Det kan variere hvilken alder og modenhet et barn må ha nådd for å kunne danne seg egne synspunkter på de enkelte saksfelt. Det kan likevel ikke utelukkes at den fastsatte aldersgrensen i barneloven, i mangel av særregler på et felt, kan være veiledende i saker som angår barnet direkte og personlig.¹⁶

Andre ledd gjelder derimot ikke ved alle slags avgjørelser som treffes av offentlige myndigheter av betydning for barns personlige forhold, men gjelder kun de beslutninger hvor hensynet til barnet er den primære ledetråd.

Dette vil i praksis vesentlig gjelde saker etter barneloven om foreldreansvar, fast bosted og samvær, siden saker etter barnevernloven (bvl) har uttrykkelige bestemmelser i bvl §§ 6-3 og 4-1.¹⁷

Fra hvilken alder gjelder uttaleretten

Bl § 31 første ledd setter ingen bestemt alder for når uttalelsesretten inntreffer, men i henhold til annet ledd skal barnet få anledning til å si sin mening i avgjørelser som gjelder personlige forhold når det har fylt sju år. Videre i bestemmelsen ser vi at det skal legges stor vekt på hva barnet mener etter at det har fylt 12 år. Etter en allmenn forståelse av regelens ordlyd har man en ubetinget rett til å uttale seg etter fylte sju år. Regelen er også omtalt som en «ubetinget rett» i forarbeidene.¹⁸ For yngre barn må uttalelsesrettens inntreden vurderes etter hva beslutningen gjelder, sammenholdt med barnets alder og modenhet.¹⁹ Jeg går som nevnt innledningsvis ikke nærmere inn på barn som ikke har fylt sju år.

Hvilken vekt skal barnets mening tillegges

¹⁶ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 61

¹⁷ Barneloven kommentarutgave s. 296

¹⁸ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 61

¹⁹ Barneloven kommentarutgave s. 294

Uttaleretten innebærer ikke noe krav om enighet mellom barn og foreldre, eller om at barnets syn alltid skal være utslagsgivende. Den alminnelige regel etter første ledd er at det skal legges vekt på barnets uttalelser alt etter hvor gammelt og modent barnet er. Det er flere grunner til at man må tillegge barnets syn varierende vekt. Noen ganger har barnet etter sin alder og modenhet ikke oversikt over konsekvensene av sitt syn, og det kan tenkes mothensyn som barnet ikke har forutsetninger for å innse. Hvilket resultat som vil være barnets beste er ikke alltid det barnet selv gir uttrykk for, og må avgjøres konkret. Vektleggingen beror på omstendighetene og foreldrenes skjønn, jfr. NOU s.124 spørsmål 1. Men naturligvis vil et barns bestemte oppfatninger være retningsgivende når barnet er modent nok til å forstå hva saken gjelder.

Etter annet ledd annet punktum skal barnets mening *stor* vekt når det er fylt 12 år. Det gjelder ikke bare i forhold til foreldrenes mening, men også i forhold til andre kryssende hensyn som et avgjøringsorgan må ta.²⁰

Vektlegging av barnets mening vil også i stor grad avhenge av vekten av de øvrige momenter, det vil si hvor mye eller lite som skiller foreldrene fra å være den beste omsorgsgiver for barnet. I komiteinnstillingen og i forarbeidene til barneloven ble *følelsesmessig kontakt/ tilknytning og faktisk omsorg* fremhevet, men ellers er lovgiver taus om hvilke momenter som skal og bør tillegges vekt når en skal vurdere hva som er barnets beste.²¹ Disse momentene skal tillegges avtakende vekt frem mot skolealder.

Et særlig interessant spørsmål er hvor mye vekt det skal legges på, og om det i hele tatt skal legges vekt på, barnets uttalelser tilfeller hvor det er tydelig at barnet er underlagt stor påvikning fra en eller begge av foreldrene. Dersom en sakkyndig føler at det ikke er barnets egne meninger som kommer frem, bør det foretas flere møter med barnet. Man må forsøke å kartlegge hva som synes å motivere barnets utsagn. Er det et reelt ønske, eller er det utsagn i lojalitet med den ene av foreldrene, og hvor fast virker barnet i sitt synspunkt. I en relativt ny dom, LB-2008-045656 Borgarting lagmannsrett, ble denne problemstillingen belyst;

Saken gjaldt om barnet, C, skulle bo fast hos sin far B etter å tidligere ha bodd vel 60 % av tiden hos sin mor. Avgjørende for retten var å sikre best mulig samlet foreldrekontakt. Spesielt det siste året hadde mor mer eller mindre sabotert samværsretten.

²⁰ Barnloven kommentarutgave s. 298

²¹ Innst. O. nr. 30 (1980) s. 14

Utdrag fra dommen: «Lagmannsretten finner det overveiende sannsynlig at det først og fremst er A som har involvert C i konflikten, også med hensyn til rettssaken. B har forklart om bitre utsagn fra C der hun sier noe sånt som at «du har gått til sak mot oss.» Det må enten være A selv eller andre som står henne nær, som på denne måten har gitt 10 år gamle C forståelse av å være en aktiv deltaker og motpart i rettsaken. Dette er etter lagmannsrettens syn alvorlig.

Hvis man utelukkende ser på forholdet mellom C og moren, er det liten tvil om at C har det godt hos henne. Det er heller ingen tvil om at C profiterer på og har stor glede av morens frie yrke og hyppige reiser til Ø. De er følelsesmessig sterkt knyttet til hverandre, og den sakkyndige har fastholdt også for lagmannsretten at C nok må antas å ha sin sterkeste tilknytning til mor. Lagmannsretten ser det derfor ikke som påfallende at C i samtale med dommeren umiddelbart før ankebehandlingen ga klart uttrykk for ønske om å bo fast hos moren. Men lagmannsretten ser dette ikke bare som utslag av følelsesmessig tilknytning, retten frykter at hun nok er svært påvirket av moren og hennes negative holdninger til B. As holdning til samvær mellom C og faren, som i beste fall kan beskrives som unnvikende, i verste fall som bevisst sabotasje, må antas å ha påvirket C i høy grad. Lagmannsretten finner derfor **ikke å kunne legge stor vekt på Cs verbalt uttrykte ønsker, iallfall ikke avgjørende vekt.**»

Slik jeg ser det er det helt riktig av Lagmannsretten i denne situasjonen å ikke vektlegge barnets mening. Uttaleretten i barneloven § 31 er gitt barna som en beskyttelse for at nettopp deres syn i den enkelte sak skal komme frem dersom de ønsker det.

Det er derfor svært viktig at det blir prioritert fra rettens side å være så sikre som det overhodet er mulig å være om at det er barnets faktiske syn som er innhentet før avgjørelsen blir tatt. Blir ikke dette prioritert kunne barneloven § 31 like godt være utelatt, da det uansett vil være partenes, og ikke barnets syn, som kommer frem via barnets uttalelse.

Med tanke på hvilken påkjenning det å gå igjennom en samtale med dommer eller sakkyndig faktisk er for barnet, er det også uholdbart at et barn skal måtte gjennomføre en slik samtale med det resultat at det er mors eller fars syn som kommer til uttrykk, og ikke dets eget.

3.3 Barns rett til advokat

Barneloven § 61 ble tilføyd ved lov 20. juni 2003 nr. 40, i kraft 1. april 2004. Paragrafen angir nærmere virkemidler for rettens behandling av en sak om foreldreansvar, fast bosted eller samvær, og er en nøkkelbestemmelse i reformen av 2003.²²

Barns rett til advokat er regulert i barneloven § 61 nr. 5:

Retten kan i særlege høve oppnemne ein advokat eller annan representant til å ta vare på interessene til barnet i samband med søksmålet. Den som er oppnemnd, kan samtale med barnet og skal gje slik informasjon og støtte som er naturleg. Advokaten eller representanten skal få saksdokumenta. Han kan kome med framlegg om handsaminga av saka og skriftleg eller i rettsmøte gje råd om korleis sakshandsaminga best kan ta vare på interessene til barnet. Retten avgjer om og eventuelt kor lenge han skal vere til stades under rettsmøta i saka. Når advokaten eller representanten er til stades i rettsmøta, kan han stille spørsmål til partar og vitne.

Hvem kan være representant for barnet

Retten kan oppnevne en advokat eller en annen særlig representant til å representere barnet i enkelte tilfeller, jfr. bl § 61 nr. 5 første ledd første punktum.

Videre heter det i bestemmelsens andre og tredje punktum at denne representanten både skal opptre som en støtteperson overfor barnet, og som en representant for det under rettens behandling.

Representantens oppgave er primært å ivareta barnets interesser.

Advokaten/representanten skal samtale med barnet og gi informasjon og støtte som kan gjøre det lettere for barnet å forstå hva som skjer og forholde seg til det.²³

Departementet er også enig i at bestemmelsens viktigst anvendelsesområde vil være å ivareta barnets interesser i forbindelse med saksbehandlingen, og at det på bakgrunn av

²² Barneloven kommentarutgave s.546

²³ Ot.prp. nr. 29 (2002.2003) s. 47

dette vil være mest aktuelt å oppnevne en advokat i denne rollen. Videre vil personlige egenskaper og evne til kontakt med barn være viktig for å kunne utføre oppgaven på en god måte.²⁴

I hvilke tilfeller kan det oppnevnes representant for barnet

Bl § 61 nr 5 første punktum gir retten tilgang til å i særlige tilfeller oppnevne en representant for barnet.

Bakgrunnen for forslaget er at det etter utvalgets syn er behov for en advokat i enkelte spesielle saker. Dette gjelder for eksempel i saker hvor foreldrenes konflikt er så sterk og altoppslukende at dette blir en sterk belastning for barnet, eller hvor det er påstander om seksuelle overgrep som blir det helt dominerende tema i saken, og hvor andre forhold ikke i tilstrekkelig grad kommer frem.²⁵

Utvalget mener videre at adgangen til å benytte advokat til barnet også kan brukes i tilfeller hvor konflikten mellom partene er sterk og partene representeres av advokater som mer enn å legge forholdene til rette for forlik, bidrar til å forsterke konflikten mellom partene.

Det er viktig å merke seg at denne bestemmelsen er ment som en unntaksbestemmelse.²⁶

Representantens rett til innsyn i saken

I bl § 61 nr 5 tredje punktum står det at advokaten/representanten skal få saksdokumentene. Dersom det foreligger saksdokument ved oppnevningen av representanten, må retten sørge for at representanten får tilgang på disse.

Dersom det senere i prosessen vil forekomme papirbaserte prosesskriv, er det vedkommende prosessfullmektiges oppgave å sørge for at også barnets representant mottar ett. Dette er i samsvar med tvisteloven § 12-3 tredje ledd. Er barnets representant en advokat, følger det videre ved en analogisk tolkning av tvisteloven § 12-3 tredje annet

²⁴ ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 49

²⁵ Ot.prp. nr 29 (2002-2003) s. 47

²⁶ Ot.prp. nr 29 (2002-2003) s. 47

ledd at partenes advokater skal sende prosesskriv med bilag direkte også til barnets representant.²⁷

Det er representantens eget ansvar å sette seg inn i dokumentene, og hvor godt han ønsker å gjøre seg kjent med dokumentets innhold vil også være opp til den enkelte.

Representantens rettigheter under saksbehandlingen

Representanten er etter bl § 61 nr 5 fjerde til sjette punktum gitt en begrenset rett til å delta i saksbehandlingen.

Representanten kan fremsette forslag om saksbehandlingen, herunder fremme forslag om at bestemte vitner blir ført for retten eller iverksetting av enkelte av de alternativene som er oppnevnt i § 61 første ledd. Dette kan bestandig gjøres skriftlig, og dersom representanten er advokat bør dette kreves ubetinget.

Representanten kan ta direkte kontakt med partene eller deres prosessfullmektige dersom det gjelder forhold som er vesentlige for barnet underveis i saksbehandlingen. Slik direkte henvendelse blir gjerne foretatt dersom det kan medvirke til at saken blir løst ved at enighet mellom partene oppstår. Men i utgangspunktet er det dommeren som er adressat for representantens arbeid.

Bl § 61 nr 5 femte ledd gir representanten tilgang til å delta under rettsmøtene til saken, men bare så fremt retten godtar dette.

Etter bestemmelsens siste punktum skal barnets representant kunne stille spørsmål til parter og vitner. Men det er viktig å merke seg at hverken barnet eller representanten har prosessrettigheter for øvrig og de kan av den grunn hverken nedlegge påstand i saken eller påanke en avgjørelse.²⁸

Representantens taushetsplikt

Representanten har i henhold til bl § 50 taushetsplikt om det som kommer frem om personlige forhold i sammenheng med oppdraget.

²⁷ Barneloven kommentarutgave s. 556

²⁸ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 89

I utgangspunktet vil denne taushetsplikten begrense muligheten for representanten til å bringe videre hva han har blitt fortalt av barnet til retten.

Men ofte kan det komme frem ved at representanten ut fra sin kunnskap og sine samtaler med barnet foreslår nye bevisføringer. Representanten kan også ta opp med retten spørsmålet om å oppheve taushetsplikten, noe som kan skje delvis.²⁹

²⁹ Barneloven kommentarutgave s. 557

4. **BARNES PROSESSUELLE RETTIGHETER I PRAKSIS**

Som vi ser av punktene jeg har behandlet ovenfor, eksisterer det prosessuelle rettigheter for barn i barnefordelingssaker og saker om samvær i form av at de har rett til å uttale seg i saker om personlige anliggende, og at de i særlige tilfeller har rett på advokat.

Det jeg ønsker i denne oppgavens punkt 4, er å gå nærmere inn på hvordan barn faktisk får brukt disse rettighetene i praksis. Hvordan går man egentlig frem når barn skal få si sin mening, og ikke minst om denne retten er ubetinget. Går alltid lovverket og hvordan det blir brukt i praksis hand i hand?

4.1 Innhentning av barnets syn

Det eksisterer ikke formkrav til hvordan barnets mening skal komme frem. Lovverket har kun fremsatt et krav om at barnet skal få anledning til å gi uttrykk for sine egne synspunkter, da disse vil være relevante for sakens tema.

Barnets alder må tas i betraktning før man bestemmer seg for hvilken måte at barn skal bli hørt på. Når det gjelder de minste barna vil det i de fleste tilfeller skje i trygge, hjemlige omgivelser. I praksis foregår dette ved at det blir oppnevnt en sakkyndig som drar hjem til barnet og fortar samtalen.

Når det gjelder større barn, foregår gjerne samtalen mellom barnet og dommeren på dommerens kontor dersom barnet er fortrolig med denne løsningen. Se nærmere om dette under pkt. 4.1.1.

Tingrettsdommer Hilda Gerd Kolbjørnsen og sakkyndig psykolog Elin Bjøru forteller at i enkelte tilfeller foregår samtalen med barna med begge foreldrene til stede, eller at man

har to samtaler hvorav begge foreldrene deltar på en hver. Dersom foreldrene finner at det er i orden, vil samtalen foregå på tomannshånd mellom barnet og dommeren/sakkyndigen.³⁰ Sistnevnte er nok i realiteten den beste løsningen, da det ofte vil være enklere for et barn å åpne seg uten at mor eller far er til stede.

4.1.1 Barneloven § 61 nr. 4

Selv om det ikke eksisterer noen formkrav til hvordan innhentingen av barns synspunkter, er den konkrete samtalen med barnet hjemlet i bl § 61 nr. 4.

Denne bestemmelsen er en relativt ny regel, og kom med endringen som trådte i kraft 1. april 2004. Regelen regulerer barns uttalerett der det er en tvist for domstolene.

Ordlyden i regelen er som følgende:

«Dommeren kan gjennomføre samtalar med barnet, jf. § 31.

Retten kan oppnemne ein sakkunnig eller annan eigna person til å hjelpe seg, eller la en sakkunnig ha samtale med barnet aleine.»

Som vi ser i regelens første punktum, kan dommeren i den enkelte saken snakke med barnet selv. Videre heter det i bestemmelsens andre punktum at det i tillegg til dommeren kan engasjeres en sakkyndig eller annen egnet person til å bistå dommeren.

I Rt 1989 nr. 489 gjaldt saken samværsrett, hvor barnet syntes å ha inntatt det urokkelige standpunkt at hun ikke under noen omstendighet vil ha samvær med faren. Saken var blitt anket til Høyesteretts kjæremålsutvalg. Jeg velger kun å kommentere et av momentene i saken, da det er dette som vil være relevant for denne oppgaven. Å gjøre det gjeldende at det under saksbehandlingen er svært uheldig at lagmannsretten i en kjæremålssak med skriftlig saksbehandling foretar en begrenset, umiddelbar bevisføring ved at saksforberedende dommer gjennomfører en samtale med barnet uten å ta med de sakkyndige i en slik samtale. Det er ikke riktig at lagmannsretten har lagt til grunn at

³⁰ Film: Konflikt og forsoning del 3

samtalen ble gjennomført i forståelse med den kjærende part. Det korrekte er at det ble bedt om at samtalen skulle gjennomføres med en eller begge av de sakkyndige til stede. Utvalget svarte følgende på tiltale; Den kjærende parts påstand om at det foreligger en saksbehandlingsfeil når lagmannsretten foretar en begrenset umiddelbar bevisføring ved en samtale med barnet, og at samtalen med barnet skulle skje i overvær med de sakkyndige for å få deres vurdering av uttalelsene, er det ingen hjemmel for. Hverken de sakkyndige, foreldrene eller andre kan under en slik samtale påvirke barnet, sli at dommeren får dets oppriktige mening og innstilling til samværet. Det foreligger således ingen saksbehandlingsfeil. Kjennelsen er enstemmig.

Ut i fra denne dommen ser vi altså at bestemmelsen i bl § 61 nr. 4 er ment å tolkes dit hen at til tross for at det er oppnevnt en eller flere sakkyndige i en sak, betyr ikke dette at dommeren må la den sakkyndige være til stede under en samtale som dommeren selv har med barnet.

I bl § 61 nr. 4 annet punktum åpnes det for at retten kan delegere myndighet til en sakkyndig som alene kan foreta samtalen med barnet. Denne sakkyndige kan i samsvar med bl § 50 andre ledd annet punktum videre rapportere tilbake til retten om hva som er kommet frem i samtalen. I bl § 50 andre ledd annet punktum heter det nemlig at den som gjør tjeneste etter bl § 61 nr 1,3,4 eller 7 har taushetsplikt om det som kommer frem om personlige forhold i forbindelse med oppdraget, men at han uten å bli hindret av denne taushetsplikten kan gi oppdragsgiver de opplysninger han har fått i forbindelse med oppdraget.

Videre ser man også at ordlyden i denne bestemmelsen er åpen for at en representant slik de er foreskrevet i bl § 61 nr 5, kan innhente barnets synspunkter og videreformidle dette til retten.

Forarbeidene på sin side er mer skeptisk til at barnets syn kan innhentes på denne måten. Det er i forarbeidene sagt at dersom barnet har en mening om hvor det vil bo og barnet har fortalt dette til sin oppnevnte advokat, skal dette ikke videreformidles men advokaten bør be om at dommeren eller en sakkyndig samtaler med barnet.³¹

³¹ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s. 48

Når det kommer til hvilket alternativ som skal velges i den enkelte sak, står dommeren fritt til selv å velge. Valget kan blant annet bero på dommerens egne forutsetninger, barnets alder og forutsetninger og tvistens karakter.

De to sistnevnte temaer ble berørt i Rt. 2005 nr. 466 hvor det blir sagt at «siden C er bare sju år, og uenigheten mellom foreldrene er forholdsvis stor, kan det være gode grunner for å la en sakkyndig samtale med barnet alene. På denne måten kan man bedre sikre at det ikke blir skapt press i retning av at C skal uttale seg. Det behov for sakkyndig som måtte foreligge, kan imidlertid løses ved oppnevning av sakkyndig etter 61 første ledd nr. 3.»

Dersom det foreligger sterke ønsker fra foreldrene om at dommeren selv skal snakke med barnet, eller det motsatte at det er ønskelig å bruke en sakkyndig, kan det være grunn til å imøtekomme disse ønskene. Men slike ønsker er ikke avgjørende når en dommer skal fatte sin beslutning.

Heller ikke er dommeren pliktet til å informere foreldrene på forhånd. Ofte kan det beste for saken være at samtalen med barnet kommer totalt uforberedt på foreldrene, da de på denne måten ikke har muligheten til å påvirke barnet i den ene eller andre retningen i forkant av samtalen.

Det derimot retten ikke har mulighet til, er å overlate til en av partene eller prosessfullmektigene å høre barnets syn i samsvar med § 31.³² Dette til tross for at partene ofte vil være de som besitter mest kunnskap om hvilke synspunkter barnet faktisk har. Partene kan likevel på forhånd gi uttrykk for hva de mener vil være relevant å ta opp i samtalen, men det fullt og helt opp til dommeren, eller den som er oppnevnt til å snakke med barnet, å bestemme gjennomføringen av samtalen. Men retten må sørge for at barnet blir hørt i samsvar med bl § 61 nr. 4.³³

Etter at samtalen med barnet er gjennomført, skal partene i saken bli gjort kjent med hovedinnholdet av samtalen. Men det er viktig å huske at denne videreformidlingen må være lojal overfor barnet.

4.1.2 Veileder Q-15/2004

³² Barneloven kommentarutgave s. 555

³³ Barneloven kommentarutgave s. 555

Når det gjelder gjennomføringen av selve samtalen med barnet finnes det i veileder Q-15/200: «Om saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene og høring av barn» en del veiledende punkter som det kan være greit å ta utgangspunkt i.

For det første må tidspunktet for samtalen vurderes nøye. Noen ganger kan det beste være å snakke med barnet i forkant av det første saksforberedende møtet, mens andre ganger vil det være mest gunstig å ta barnet inn senere i prosessen. Dette blir en vurderingssak i hvert enkelt tilfelle.

Som hovedregel vil dommeren eller sakkyndigen som skal gjennomføre samtalen med barnet ha en prat med begge foreldrene i forkant. Dette vil gi et inntrykk av foreldrenes ståsted, hva som har blitt sagt mellom barn og foreldre, og på denne måten vil det være enklere å tilrettelegge sted, form og innhold av samtalen som dommeren skal ha med barnet.

Denne veilederen henviser på generelt grunnlag til at det for de fleste barn som ikke har nådd tenårene vil være en trygghet å ha en eller begge foreldrene med under samtalen. Problemet er at det i barnefordelingssaker ofte er en pågående konflikt mellom foreldrene, og dette kan direkte eller indirekte påvirke samtalen på en uheldig måte. Dersom barnet ønsker å ha den ene av foreldrene med under samtalen, bør det også gjennomføres en samtale nr. 2 med den andre forelder.

Mange barn, særlig etter at de har nådd skolealder, vil i en konfliktsituasjon sette pris på å kunne snakke fritt uten å bekymre seg for å si noe «galt» eller såre en av foreldrene. Selv om det kan være belastende å snakke med en dommer alene, vil det altså også ofte være belastende å ha foreldrene til stede, og disse to må veies opp mot hverandre. Her som i alle andre deler av saksbehandlingen er det barnets beste som må være styrende.

Selve samtalen med barnet kan ta utgangspunkt i disse punktene:

1. Kontaktetablering:

Den voksne presenterer seg. Sier kanskje kort noe om at han ofte treffer barn i samme situasjon. Snakker generelt om barnet og dets interesser, og dreier etter hvert samtalen inn på hva han vet om saken og at vedkommende vil gjøre det han kan for å hjelpe barnet. Det viktigste i denne fasen av samtalen er å skape en trygghet for barnet.

2. Informasjon

Det er viktig å fortelle barnet hvorfor man ønsker å snakke med det. Blant annet er det viktig å få frem at man ønsker å høre barnets synspunkter, men man må presisere at barnet ikke bestemmer utfallet av saken. Det er viktig å gi informasjon til barnet om hvem som får vite hva som er blitt sagt i samtalen. Aller viktigst er det å få barnet til å forstå at det er helt i orden å ikke mene noe om saken. Man har en rett, men ikke en plikt til å uttale seg.

3. Selve samtalen

Begynn gjerne med å høre om barnet kjenner andre i samme situasjon. Videre kan man forhøre seg om de har snakket om dette hjemme, eventuelt hvordan og om barnet vet hva de mener. Det kan gjerne tas i bruk dukker, lekedyr, klosser og så videre for å illustrere underveis i samtalen. Gi barnet alternative løsningsforslag, gjerne ved å fortelle om hvordan andre i tilsvarende situasjon har ordnet seg. Videre må man prøve å finne ut barnets begrunnelser og deres stabilitet. Snakk med barnet om likheter og ulikheter i hverdagen hos foreldrene, eventuelt før og nå.

Dersom barnet ikke ønsker samvær eller kontakt med en av foreldrene, er det viktig å finne ut av om dette handler om at det er vanskelig å dra fra den ene, eller om det foreligger vanskelige forhold hos den andre.

4. Avslutning

Gi barnet et kort sammendrag av hva du har oppfattet å være dets mening.

Informér barnet om at foreldrene vil få vite hovedinnholdet i barnets uttalelse, når og hvordan dette vil skje (noe som eventuelt kan gjøres med begge foreldrene og barnet til stede).

Foreldrene har rett til å bli informert om opplysninger som kan ha betydning for domstolens avgjørelse, og skal ha rett til å kommentere disse. Dette er i samsvar med det kontradiktoriske prinsippet vi har i norsk rett. Barnet må i begynnelsen av samtalen bli informert om at foreldrene vil bli kjent med hovedinnholdet i samtalen, da dette kan være avgjørende for om barnet ønsker å uttale seg.

Uavhengig av hvem som klarlegger barnets mening og metoden som benyttes, antar departementet at det i de fleste tilfeller vil være en god fremgangsmåte at et skriftlig referat av hovedpunktene i samtalen med barnet, der barnets eventuelle syn går frem, utarbeides og inngår i sakens dokumenter. Muntlig orientering kan i noen tilfeller være et alternativ. Et

eventuelt referat/rapport kan med fordel utarbeides sammen med barnet i slutten av samtalen, og kan innarbeides i en eventuell sakkyndig erklæring, eller ligge som selvstendig dokument i saken. Videreformidling kan for eksempel skje i samtale med foreldrene, hvor de oppfordres til å opptre respektfullt i forhold til det barnet har formidlet.

4.1.3 Er uttaleretten en ubetinget rett for barnet

Barnets rett til å uttale seg etter barneloven § 31 og derav være med på å ta avgjørelser, er en regel som for domstolene er knyttet til saksbehandlingen. Ut i fra bestemmelsens ordlyd, vil det da være en saksbehandlingsfeil dersom det blir truffet an avgjørelse uten at barnet er blitt hørt.

Dette spørsmålet ble tatt opp i Rt. 1999 -1183:

Saken gjaldt midlertidig avgjørelse i en barnefordelingssak hvor B anla sak mot sin fraseparerte ektefelle A, med påstand om at han skulle ha den daglige omsorg for barnets fem barn.

A påkjærte lagmannsrettens kjennelse til Høyesteretts kjæremålsutvalg, og kjæremålet gjaldt lagmannsrettens saksbehandling. A gjorde det gjeldende at en saksbehandlingsfeil var oppstått da barna ikke hadde fått anledning til å uttale seg etter regelen i bl § 31. Dette gjaldt særlig det største barnet som var over 12 år, men A hevdet også at de andre barna burde fått uttale seg. A mente at denne saksbehandlingsfeilen kunne fått betydning for utfallet i avgjørelsen, og at avgjørelsen av den grunn måtte oppheves. A anførte videre at lagmannsretten i alle tilfelle burde begrenset den midlertidige avgjørelsen fram til det forelå dom i første instans, da dette ville ha medført langt mindre vidtrekkende konsekvenser for barna og begrenset betydningen av at barna ikke har fått anledning til å uttale seg. B på sin side hevdet at regelen om at barn skal høres før avgjørelsen treffes, ikke gjelder ved midlertidige avgjørelser og at en eventuell feil uansett ikke ville hatt betydning for utfallet av dommen.

Kjæremålsutvalgets uttalelser: Barneloven § 31 annet ledd fastslår at barn som har fylt 12 år skal høres i saker som gjelder deres personlige forhold. Som følge av bestemmelsens

ordlyd og forarbeider³⁴ gjelder regelen også når en domstol treffer avgjørelser om et barns personlige forhold. Det er ikke gjort noe unntak fra § 31 annet ledd for saker som behandles etter bl § 38.

Videre sier utvalget: «Vår sak berører klart nok barnas personlige forhold, idet det er spørsmål om omsorg og samvær med foreldrene. Det ene barnet har fylt 12 år, men har ikke fått si sin mening om omsorgs- og samværsspørsmålet for noen rettsinstans. Når barnets uttalelse ikke var innhentet ved byrettens behandling av saken, skulle lagmannsretten ha innhentet slik uttalelse, eventuelt skulle den ha opphevet byrettens kjennelse, slik at barnet kunne ha kommet til orde ved ny behandling for byretten.

Kjæremålsutvalget fant at lagmannsrettens kjennelse var beheftet med saksbehandlingsfeil, som må føre til opphevelse. Kjennelsen er enstemmig.

Ut i fra denne dommen ser vi altså at Høyesterett støtter lovgivers forutsetning om at barns rett til å uttale seg er absolutt. Dersom denne retten ikke blir ivaretatt, fører det til opphevelse av avgjørelsen som følge av saksbehandlingsfeil. Dette gjelder ikke bare behandlingen av hovedsaken, men også for midlertidige avgjørelser.

Spørsmålet om barns uttalerett er ubetinget har vært satt på spissen i den senere tid. I Rt 2004-811 var det om det forelå saksbehandlingsfeil fordi barna ikke hadde fått anledning til å uttale seg nok en gang tema:

Denne dommen ble avsagt før endringene i regelverket 1.april 2004 trådte i kraft. Det ene barnet var under 12 år, og er derfor relevant i forhold til de nye reglene som gjelder barn helt ned til 7 år.

Saken i Rt. 2004-811 gjaldt endring av dom om omfanget av samværsrett, og barna var ikke gitt anledning til å uttale seg.

Ankeparten A vektlegger at det er en saksbehandlingsfeil at C ikke har fått sagt meningen sin om omfanget av det samværet han ønsker å ha med sitt barn. A henviser til bl § 31

³⁴ Innst. O. nr. 30 (1980-81) s.9

hvor det heter at barn som har fylt 12 år i samsvar med modenhet og utvikling skal få si sitt syn i personlige forhold, og henviser i tillegg til at det etter lovendringen også gjelder barn som har fylt sju år.

Videre viser A til reglene i barnekonvensjonen artikkel 12 1 og 2, og vektlegger særlig at barnet på grunnlag av denne bestemmelsen har rett til å uttrykke seg enten direkte eller via en sakkyndig i en rettssak av dette slaget.

C har ikke fått mulighet til å gi uttrykk for sin mening, men et vitne har i retten fortalt at C har uttrykt sitt ønske om å bo hos far til en lærer. Ønsket om at C skal få uttale seg har vært et tema både i tingsretten og lagmannsretten, uten at det er blitt gjennomført. Det er viktig at C får anledning til å uttale seg fordi det er et svært sentralt punkt for å kreve endring at C nå så sterkt har gitt uttrykk for at han ønsker mer samvær med far.

Det er også et viktig punkt i vurderingen av kravet om «særlege grunnar» for å endre et fastsatt samvær at far nå disponerer en leilighet hans arbeidsgiver har i Oslo, slik at det er mulig å gjennomføre samværet uten at det blir for tyngende for barnet.

Ankemotparten B på sin side hevder at bestemmelsene i barnekonvensjonen regulerer i hvilken grad barn skal høres ved avgjørelser om samværsrett, og de innebærer ikke noen absolutt plikt til å høre barn. Det samme gjelder de aktuelle reglene i barneloven.

Ved vurderingen av om C skal høres må det legges vekt på alder, modenhet og særlige behov, og det må også vurderes om C vil komme i en vanskelig lojalitets konflikt dersom han blir bedt om å uttale seg.

Dessuten mener B at saken gjelder endring av en samværsordning som partene i utgangspunktet var enige om, og at det taler i mot at det skal fastsettes en plikt for retten til å høre C rett etter at dommen er endelig.

B viser til at det i denne saken er uvisst hva barnet skal høres om, og at en avgjørelse om å høre barnet må bli tatt ut i fra hva som må regnes å være det beste for barnet. Det må skje en vurdering av risikoen for at en høring kan være til skade for barnet opp mot verdien av det som kan bli opplyst ved en høring.

B hevder at det i denne saken hverken har vært brudd på barnekonvensjonens regler eller dagjeldende regler i barneloven. Avgjørelsen kan heller ikke være i strid med gjeldende lov. Dersom en saksbehandlingsfeil foreligger, ville det uansett ikke ha noen innvirkning på innholdet av dommen ut i fra ellers eksisterende opplysninger. Dommen ville blitt den samme uten betydning av hva C hadde uttalt.

Høyesteretts kjennelse: (kun kort utdrag fra dommen)

Barneloven ble endret ved lov 20.juni 2003 nr 40, men denne endringen ble ikke satt i kraft før 1.april, og det er loven før endringene som skal anvendes i denne saken. Høyesterett legger til at utfallet av dommen ikke ville blitt annerledes dersom de nye reglene hadde vært anvendt. I barneloven § 44a om omfanget av samværsretten heter det i tredje ledd fjerde punktum at avgjørelsen «skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet». Selv om dette direkte tar sikte på omfanget av samværsretten, har dette vært et grunnprinsipp i barneloven, som etter mitt syn måtte gjelde også når det gjaldt saksbehandlingen i forhold til omfanget av samværsretten. Dette er uttrykkelig slått fast i den nye § 48 i barneloven.

Denne saken er spesiell fordi det ikke er tale om en vanlig sak om omfanget av samvær, men om en sak om endring med grunnlag i bl § 39 andre ledd andre punktum. Vilåret for at en part kan kreve endring er at «særlege grunnar taler for det». Denne regelen finnes i kapitel om foreldreansvar og hvor barnet skal bo fast, men etter bl § 47 tredje ledd gjelder den tilsvarende for saker om samværsrett.

De mest oppsiktsvekkende uttalelsene fra høyesterett i denne dommen er muligens;

«Som eg alt har vist til, er det slik at eit barn skal ha rett til å uttale seg om eit spørsmål som det om omfanget av samværsretten, ut frå alder, mogning og dei føresetnadene barnet har for å ha sjølvstendige synspunkt om dette. Heller ikkje før endringa av barnelova § 31 frå 1. april 2004, oppfattar eg det slik at det her var noka absolutt grense ved 12 år. I alle tilfelle må det skje ei vurdering av barnet sine personlege føresetnader. Og til grunn for denne vurderinga må, både etter barnelova og etter barnekonvensjonen, barnets beste vere styrande.» Fulgt av denne;

«Det er ingen tvil om at utgangspunktet etter så vel barnelova § 31 som barnekonvensjonen artikkel 12 er at C skulle høyrast. Etter mitt syn står likevel ikkje dette synspunktet så sterkt der det er tale om endring av samværsordninga i ein ny dom, som det ville ha stått ved den opphavlige prøvinga. Saka må også i alle tilfelle vurderast i lys av det grunnleggjande prinsippet om barnets beste, slik det er slått fast både i barnelova og barnekonvensjonen. Dette gjeld som sagt også ved saksbehandlinga.»

Høyesteretts konklusjon var i denne saken at det ikke var noen saksbehandlingsfeil at C ikke var blitt hørt, og anken ble forkastet.

Ved å gjennom denne dommen uttale at barns uttalerett ikke er absolutt, legger Høyesterett til grunn det motsatte av det som fremgår fra lovgivers side. Avgjørelsen sier også at prinsippet om at barn skal bli hørt ikke teller like sterkt i saker om endring av tidligere dom som den ville gjort i en opprinnelig avgjørelse.

Denne rettsavgjørelsen har skapt debatt blant teoretikere.

Lucy Smith og Peder Lødrup fremholder at dommen svekker barns uttalerett. De er enig i at det var en riktig avgjørelse at farens anke i dette tilfellet ble forkastet, da det er grunn til å tro at det beste for barnet var at saken ble avsluttet uten at han ble hørt. De mener likevel at det er uheldig at den gjennom denne avgjørelsen åpnes for at barns uttalerett i alle tilfeller må vurderes opp mot barnets beste, og at dette må være i strid med både barneloven og barnekonvensjonen. I dette tilfellet burde man ha henvist til at saken var reist meget kort tid etter at spørsmålet var avgjort i en rettskraftig dom hvor foreldrene hadde vært enige om samværsretten, og at det av den grunn var naturlig at gutten heller ikke ble hørt da vilkårene var til stede for å avgjøre saken uten hovedforhandling.³⁵

Gunn-Mari Kjølberg og Sigrid Redse Johansen argumenterer på sin side for at dommen ikke svekker uttaleretten til barn; «*det som fra lovgivers side er omtalt som en ubetinget uttalerett må etter Høyesteretts avgjørelse i særlige tilfeller undergis en realitetsprøvelse under henvisning til barnets beste.*»³⁶ De hevder at Høyesterett tar barnet på alvor nettopp ved at man gjennom å henvise til barnets beste som begrunnelse, foretar en reell vurdering av det temaet som er sentralt etter barneloven.

Personlig mener jeg at retten i Rt 2004-811 kom frem til feil avgjørelse da de anslo at det ikke forelå saksbehandlingsfeil. Det fremgår av barneloven § 31 andre ledd første punktum at barnet *skal* få si sin mening. Også gjennom barnekonvensjonen artikkel 12 (1) *skal* partene garantere barnet en uttalerett. Slik jeg forstår ordlyden i disse bestemmelsene, skal det mye til for at den skal kunne fravikes. Bl § 31 første ledd er også svært klar i forhold til uttaleretten der det heter at barn har rett til å uttale seg om «personlige tilhøve.» Her er det tydelige likhets trekk med barnekonvensjonens artikkel 12 som gir *barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter* rett til å uttale seg i *alle forhold som vedrører barnet*. Også forarbeidene til endringsloven uttaler at *barns rett til å bli hørt må styrkes i barnefordelingssaker, hvor barnets beste har en tendens til å forsvinne helt.*³⁷

³⁵ Barn og foreldre s. 117

³⁶ Barnefordelingstvister s. 202

³⁷ Innst. O. nr. 92 (2002-2003) s. 6

Jeg finner det merkelig at Høyesterett har valgt å bevege seg så langt unna ikke bare regelverkets hensikt som er anført i forarbeidene, men også den klare ordlyden i lovverket til både barneloven og barnekonvensjonen.

Høyesterett slår fast i sin kjennelse at alle avgjørelser i første omgang skal tas i forhold til hva som er det beste for barnet. Men det er viktig å ha i minne at Norge og norsk lov gjennom inkorporeringen av barnekonvensjonen er underlagt konvensjonens bestemmelser. I Unicefs håndbok til barnekonvensjonen er det blant annet slått fast at *«states cannot quote the best interests principle to avoid fulfilling their obligation under article 12.»* Uttaleretten i artikkel 12 kan altså ikke settes til side på grunn av barnets beste i artikkel 3.

At retten kom til riktig avgjørelse i denne situasjonen betviler jeg ikke, og selvfølgelig skal avgjørelser tas i forhold til barnets beste. Men jeg vil likevel sette et stort spørsmålstegn ved at Høyesterett mener at det ikke foreligger en saksbehandlingsfeil når barnet ikke er blitt hørt. Slik jeg forstår regelverket er barns rett til å uttale seg i personlige forhold en ubetinget rett, og det å utelate og innhente barnets synspunkter vil helt klart være en saksbehandlingsfeil.

Selv om dommen er en god og fornuftig dom, vil den skape utfordringer for anvendelsen av barnets uttalerett fremover. Det som fra lovgivers side er omtalt som en ubetinget rett må etter denne Høyesteretts avgjørelsen i særlige tilfeller undergis en realitets prøvelse under henvisning til barnets beste.

Gunn-Mari Kjølberg og Sigrid Redse Johansen mener imidlertid at dette ikke kan medføre de helt store problemer. Denne saken var spesiell fordi den gjaldt en endringssak uten endrede forhold. Sett i lys av dette kan avgjørelsen kanskje oppstille skjerpede krav til den som anvender retten, nemlig slik at alvoret i uttaleretten og belastningen for barnet må komme klart frem ved vurderingen.³⁸

4.1.4 Etiske dilemma knyttet til barn og unges uttalerett i barnefordelingssaker og saker om samvær

³⁸ Barnefordelingstvister s. 202

For et barn vil det at foreldrene velger å gå fra hverandre være noe av det verste som kan skje. Tryggheten innenfor hjemmets fire vegger med mor og far som de grunnleggende søylene er med ett borte. Barnet befinner seg i en krisesituasjon. Mor og far bor plutselig på hver sin plass, kanskje er søskenflokket blitt delt som et resultat av separasjonen. Barnet blir vitne til høylytte diskusjoner mellom mor og far hver gang de møtes, og midt under denne enorme omveltningen i barnets livssituasjon kommer en fremmed på besøk for å ha en samtale. Det er nå tid for at barnets skal få anledning til å bruke uttaleretten som det er gitt gjennom loven. Jeg vil i de kommende punkt illustrere hvorfor en slik samtale kan være vanskelig å gjennomføre for barnet, og hvilke tiltak som må gjøres forut for samtalen.

God og riktig informasjon til barnet

Det viktigste i forkant av samtalen med barnet er at barnet må få presisert at de har en *rett* men ikke en *plikt* til å uttale seg. Det vil med andre ord si at et barn som ikke ønsker å uttale seg på ingen måte skal presses til det, på samme måte som man ikke må forsøke å legge lokk på følelser og uttalelser som et annet barn vil ha behov for å formidle.

Det at barnet ikke har noen plikt til å uttale seg uttales på denne måten i Q-15/2004 s. 40; «*Om barnet benytter seg av sin rett til å bli hørt, vil kunne avhenge av om forholdene er tilrettelagt for det, sakens beskaffenhet, hva slags informasjon barnet har fått og om det ønsker, kan eller vil formidle sinn syn.*»

Ved første øyekast virker denne uttalelsen grei, men ser man nærmere på den kan den virke nokså uklar. Hvis det er sånn at sakens beskaffenhet avgjør hvorvidt barnet velger å uttale seg eller ikke, kan det være vanskelig å forstå om det er barnet eller retten som skal vurdere dette. Det må her være opplagt at det ikke kan være barnet selv som vurderer sakens beskaffenhet, og barnet har på samme måte ikke grunnlag for å vite om forholdene er lagt til rette. Ergo er det retten som står for denne vurderingen. Dette fastslår nok en gang at uttaleretten ikke er ubetinget, og at uttalelsene i Q-15/2004 s. 40 er i overensstemmelse med Høyesteretts uttalelser i Rt.2004 s. 811, jfr. oppgavens pkt. 4.1.3.

Gunn-Mari Kjølberg og Sigrid Redse Johansen har uttalt følgende; «*Alternativt kan en velge og ikke se departementets valg av ord som avgjørende, og heller se uttalelsen som et uttrykk for at det finnes tilfeller der barnets rett til å bli hørt er ivare tatt ved at dets syn er kjent. Dette er i overensstemmelse med Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) hvor det for eksempel antas at det i en del saker vil være slik at foreldrenes opplysninger om barnets syn kan legges til grunn på s. 62, forutsatt at de er enige om hva barnet mener og ikke andre forhold tilsier at barnet likevel bør høres.*»

Det er viktig å holde fokus på at når et samlivsbrudd oppstår, havner barnet i en lojalitetskonflikt. Til tross for at barnet kan ha klare oppfatninger om at det for eksempel ønsker å bo hos mor, velger det å ikke uttale seg da dette vil virke illojalt mot far. Andre situasjoner som ofte oppstår, er at det er barna som til syvende og sist avgjør saker hvor mor og far ikke blir enige. Dette skjer ved at barna fremsetter et ønske om å bo 50 % hos hver av foreldrene, til tross for at dette egentlig strider mot hva de oppriktig mener. Barna setter altså egne ønsker til side av lojalitet for foreldrene.

Videre er det viktig å informere barnet om at det som blir sagt i samtalen mellom barnet og den sakkyndige i saken ikke er konfidensielt. Hovedinnholdet i samtalen vil i etterkant av samtalen gjenfortelles til barnets foreldre og retten av den sakkyndige.

I Barne- og familiedepartementets saksbehandlingsrundskriv er det antatt at referat fra samtalen bør skje skriftlig.³⁹ Praksis på hvordan sakkyndige velger å videreformidle samtalen er svært varierende, men dersom de velger å la den ende i et skriftlig referat er det særlig viktig at barnet i forkant blir informert om dette. Dette fordi det i en pågående konflikt kan være vanskelig for barnet at slik informasjon ligger på trykk.

Til slutt er det viktig at barnet får presisert at selv om det velger å uttale seg og ytrer et sterkt ønske om for eksempel å bo hos mor, er det ingen garanti for at ønsket får gjennomslag. Barnet må altså ha klart for seg at det gjennom å uttale seg ikke automatisk bestemmer utfallet i saken.

³⁹ Op.cit. s. 42-45

5. RETTSUTVIKLING

I det kommende punkt går jeg nærmere inn på hvordan rettsutviklingen har vært når det gjelder barns uttalerett. Det som er spesielt interessant er hvorvidt man kan se et markant skille etter endringene i barneloven § 31 som kom i 2004 eller ikke.

5.1 Barnefordelingssaker og saker om samvær som ender i forlik

Selv om denne avhandlingen behandler saker i selve rettsprosessen, vil jeg i det følgende gi en innføring i hvor stor andel av barnefordelingssakene som faktisk ender i forlik.

Dersom foreldrene ikke på egen hånd kommer til enighet om fordeling av barna i forbindelse et samlivsbrudd, blir saken brakt til rettsapparatet. Barnefordelingssaker er spesielle saker som løses gjennom modellen konflikt og forsoning. Denne modellen går ut på at en dommer og en sakkyndig har saksforberedende møter med partene, og eventuelt deres advokater, i saken, og begge parter får lagt frem sitt syn. Formålet med disse møtene er å bedre kommunikasjon og samarbeid mellom foreldrene, for så å finne en løsning til barnets beste. Mellom møtene foretar den sakkyndige individuelle samtaler med partene og barnet. Dersom partene kommer til enighet etter møtene blir det laget i stand en avtale som inngås som et rettsforlik, og dette rettsforliket har samme virkning som en dom. I følge tingrettsdommer Hilda Gerd Kolbjørnsen blir de fleste saker løst gjennom modellen konflikt og forsoning.

For å belyse nærmere hvor stor andel av barnefordelingssaker som faktisk ender i forlik, vil jeg legge frem tall fra 2006 og 2007. Disse tallene er gitt meg av Anne Marie Selvaag ved Trondheim tingrett, og gjelder saker i Sør Trøndelag;

I 2006 ble det behandlet 47 barnefordelingssaker. Av disse endte 78,7 % i forlik under mekling, 4,3 % ble løst ved etterfølgende forlik og 2,1 % ble løst ved forlik under hovedforhandlingen. I alt endte 85,1 % av sakene i forlik. 6 av sakene endte i dom, hvorav en ble anket til lagmannsretten.

I 2007 ble det behandlet 56 barnefordelingssaker. Av disse endte 71,4 i forlik under mekling, 8,4 % ble løst ved etterfølgende forlik og 7,1 % ble løst ved forlik under hovedforhandlingen. I alt endte 83,9 % av sakene i dom, og ingen ble anket.

5.2 Undersøkelsens datagrunnlag

Hovedgrunnlaget i denne undersøkelsen er lagmannsrettsdommer og høyesterettsdommer fra hele landet som er registrert i rettsdata⁴⁰ i perioden 1980-2009. Jeg har valgt ut rettsavgjørelser som omhandler barns uttalerett i rene samværssaker og saker om fast bosted. De avgjørelser som også inneholdt saker vedrørende barnevern, valgte jeg ikke å gå nærmere innpå da dette faller utenfor oppgaven. Det som var ønskelig med denne undersøkelsen var å se om barns uttalerett gjennom tiden har fått sterkere gjennomslag i rettspraksis, og da særlig etter endringene som kom i barneloven i 2004 (jfr. punkt 3.2.2 og 3.3).

For å gjøre undersøkelsen mer oversiktlig valgte jeg først å ta for meg dommer i perioden 1980-1994, deretter fra 1995 til 2003 før jeg avslutter med rettsavgjørelser som er kommet etter endringene i lovverket i 2004 og frem til dags dato.

Gjennom undersøkelsen oppdaget jeg at det var stor variasjon fra avgjørelse til avgjørelse når det gjaldt hvor stor vekt man valgte å legge på barnets syn. På grunnlag av dette har jeg plukket ut en lagmannsrettsdom og en Høyesterettsdom fra hver epoke hvor barnets mening ble tillagt vekt i så stor grad at den ble utslagsgivende for saken, og på den annen side en lagmannsrettsdom og en Høyesterettsdom hvor barnets mening ikke ble avgjørende da retten valgte å tillegge den liten eller ingen vekt.

⁴⁰ www.retsdata.no (Gyldendal Rettsdata)

5.3 Lagmannsrettsdommer 1980-1994:

I de i alt åtte dommene som omhandlet samvær og fast bosted i denne perioden ble det i sju av dommene lagt vekt på barnets syn da avgjørelsen ble tatt. Et eksempel på dette er;

RG 1990 95. Eidsivating lagmannsrett -dom.

I denne saken krevet faren B samværsrett med sin datter C i forbindelse med separasjon. Kravet førte ikke frem, idet C bestemt motsatte seg samvær med B selv om en domstol skulle komme til det resultat at hun hadde plikt til å møte faren B. Datteren var snart 12 år. Under saksforberedelsen for lagmannsretten var jenta i samtale med lege og barnepsykiater Petter Skogen som var oppnevnt til sakkyndig i saken. Skogen uttalte etter samtaler med jenta at hun etter separasjonen har utviklet seg på en meget positiv måte, hun er intelligent og moden for alderen, og det er videre på det rene at hun også er meget selvstendig.

Lagmannsrettens uttalelse: *«Etter en samlet vurderinger lagmannsretten kommet til at faren for tiden ikke bør gis samværsrett med datteren. Hun er nå nær 12 år gammel. På bakgrunn av det som er uttalt foran om hennes egenskaper, finner lagmannsretten at et ikke nå bør gjennomføres samvær med faren mot hennes vilje, jfr. barnelovens § 31.»*

Dommen var enstemmig.

I en av dommene valgte derimot retten å ikke legge vekt på barnets mening før det ble avsagt dom. Denne dommen var;

LE-1993-03047. Eidsivating lagmannsrett – kjennelse.

Sammendrag av saken: Moren ble tilkjent den daglige omsorg og foreldreansvaret for 12 år gammel sønn, C. Faren fikk ikke samværsrett, særlig under henvisning til risikoen for kidnapping. Han hadde to ganger tidligere, sist gang mens saken sto for lagmannsretten, bortført sønnen til Israel til sin arabiske familie der. Den sakkyndige i saken psykolog Rønbeck fortalte etter flere møter med gutten at barnet ga uttrykk for å være veldig glad i sin far, og ønsket ikke at noe skulle skje ham. Videre fortalte gutten at han var redd for å

bli tatt med tilbake til Israel for han orket ikke «å starte på nytt igjen», men at han gjerne ville møte sin far. Et sterkt inntrykk den sakkyndige sitter igjen med etter å ha møtt og snakket med C, er at han er en meget bekymret gutt.... Mest av alt ønsker han at ting kunne være normale, at han kunne møte faren uten å være redd for å bli bortført.

Dessverre er det ikke slik.

Lagmannsrettens uttalelse: *«Når det gjelder samværsspørsmålet er det svært vanskelig å anbefale at faren gis ordinær samværsrett med sønnen. Årsaken er for det første at faren ovenfor meg uttrykker seg på måter som gjør at det er grunn til å stille spørsmål ved om han vil respektere en rettsavgjørelse hvor han ikke får den daglige omsorgen. Dette sammen med at han tidligere ved to anledninger har bortført gutten, gjør at kidnappingsfaren må ansees for betydelig. Det er, slik den sakkyndige ser det, av aller største viktighet at barnet nå gis trygghet for at han passes på og skal få lov til å være der han er. Andre hensyn på underordnes dette.*

Å avskjære far og barn kontakt med hverandre har selvfølgelig også negative konsekvenser. Som nevnt er gutten glad i faren sin og bekymret for ham. Han er likeledes glad i sin bestemor i Israel og plages av tanker om hvordan hun har det. Det er ingen tvil om at gutten savner faren sin, og at et permanent brudd er vondt for ham. Det er også grunn til å tro at faren vil kunne tilføye sønnen positive impulser og kunnskap. Det at gutten ikke får møte faren kan også gi grobunn for ulike fantasier og et urealistisk bilde hos ham av faren og hvem han er.

Den sakkyndige har uttalt at han ikke tror barnets behov for kontakt med begge foreldrene er så stort at det oppveies av risikoen forbundet med samvær med faren.

Normalt vil samvær tjene barnets interesse, men denne saken er ikke normal. Det foreligger betydelig risiko for at faren ikke vil evne å skjerme gutten mot lojalitetskonflikter, og det er også fortsatt risiko for at faren vil vurdere en dom som går ham imot som urettferdig med «rett» for ham å handle, f.eks. Ved kidnapping enda engang.

Lagmannsretten legger vekt på at selv en meget begrenset samværsordning vil medføre risiko og forøvrig praktisk sett vil være vanskelig å administrere og kontrollere på tilfredsstillende måte.»

Dommen er enstemmig.

I denne perioden fant jeg 6 dommer som omhandler barns uttalerett i saker om samvær og fast bosted.

I tre av sakene la man vekt på barnets mening, og jeg viser til denne avgjørelsen;

RT 1990 699. Norges Høyesterett -dom.

Sammendrag: Tvist om foreldreansvar og daglig omsorg for en snart 12 år gammel pike, D. Hun hadde nå i ca tre år bodd hos faren som hadde fast stilling og trygg økonomi. Morens situasjon var usikker, uten fullført utdanning og ikke fast arbeid. Det ble lagt til grunn at datteren hadde et fast og alvorlig ønske om å få bo sammen med sin mor, og dette ble ansett som avgjørende.

I tilknytning til bevisopptaket til bruk for Høyesterett hadde dommeren en samtale med jenta og referat av denne samtalen er lagt frem. Her sies blant annet: *«Jeg spør henne om hun trives, er fornøyd og har det bra slik situasjonen er nå. Hun svarer da helt spontant at hun mye heller vil bo hos mor. Hun begrunner dette med at hun kan fortelle mye mer til mor. Hun forstår mer, sier hun. Far ler når hun forteller om problemene mens moren tar henne på alvor. Far tar henne ikke på alvor og det synes hun er vondt.»*

Videre uttaler dommeren seg: *«Mitt inntrykk var at D, på tross av sin unge alder, hadde et gjennomtenkt syn på hvor hun burde være. Det kom også frem under avhøret at hun ville ta det svært tungt dersom dommeren ikke tok hensyn til hva hun selv ønsket. Under forklaringen var det, så vidt jeg kunne bedømme, ord fra hennes eget alderstrinn som ble brukt – jeg fant ingen «voksne» formuleringer, noe som styrket mitt inntrykk av at det var hennes egne oppfatninger som kom til uttrykk.*

I lovens § 31 er barnets ønske gjort til en selvstendig del av grunnlaget for avgjørelsen. Hvis barnet er over 12 år, skal det legges stor vekt på hva det mener. At D først fyller 12 år et par måneder etter at hun uttalte seg under bevisopptaket, er det ikke grunn til å legge særlig vekt på i denne sammenheng.

Jeg er etter dette kommet til at D's klart uttrykte ønske om å få bo til moren. Og de forhold det har sammenheng med, bør bli avgjørende.»

Dommen er enstemmig.

I kun en av sakene valgte man å se bort i fra hva barnet mente ved fastsettelse av dommen;

Rt 1989 320. Norges Høyesterett – dom.

Sammendrag: Moren fikk den daglige omsorg for to døtre, snart 13 og 11 år gamle. Døtrene hadde i det vesentlige bodd hos faren etter at familien ble oppløst da faren i november 1985 var anmeldt for seksuelle overgrep mot en stedatter. Anmeldelsen ble henlagt av politiet. De to døtrene hadde gitt uttrykk for at de ville bo hos faren.

Utdrag fra dommen; *«Det som må sies å i sterk grad tale mot at moren får omsorgen for barna, er at det hos begge døtrene kan synes å foreligge et sterkt, vedvarende og dypt rotfestet ønske om å være hos faren. Det er vist til en rekke episoder gjennom lang tid som kan synes å bekrefte dette. De to jentene ser også ut til å ha et nært og godt forhold til sin halvbror, som bor på samme sted.*

*Etter barnelovens § 31 skal man høre barnets mening etter hvert som barnet utvikles og modnes. Og etter at barnet er fylt 12 år, skal barnets mening tillegges stor vekt. Det foreligger imidlertid et særegent forhold i denne sak. Stedatterens anmeldelse av stefaren må ha vært en opprivende opplevelse for hele familien. Barna ble tvunget til å ta et valg – de valgte å frikjenne sin far og være lojale mot ham. Forholdet til moren kan fortsatt bære preg av dette. **Jeg finner derfor ikke å kunne tillegge barnas mening utslagsgivende vekt i den foreliggende sak.***

Etter en samlet vurdering av forholdene i saken er jeg kommet til at moren bør ha omsorgen for barna. Jeg forutsetter at overføringen til moren blir nøye forberedt og at det blir søkt råd og bistand i det sosiale hjelpeapparatet.»

Dommen er enstemmig.

I to av dommene valgte retten å ikke høre barnas mening før avgjørelsen ble tatt.

I Rt 1984 1407 ble en gutt på 8 ½ år ikke hørt. Retten kom til at det ikke forelå en saksbehandlingsfeil ved å ikke la gutten gi uttrykk for hva han mente. Dette ble begrunnet i at han kun var 8 ½ år, og dermed under 12 års grensen i daværende barneloven § 31.

Også i Rt 1986 709 unnlot retten å høre barnet. I et sammendrag av dommen ble det slått fast det ved foreløpige avgjørelser om hvem av foreldrene barna skal bo hos inntil saken er endelig avgjort, er det tvilsomt om det kan gjelde som alminnelig regel at barn over 12 år skal få si sin mening før den foreløpige avgjørelsen treffes, jfr. barneloven § 31 2.ledd. I dette tilfellet hadde dommeren i byretten hatt en samtale med barnet. Det var ingen saksbehandlingsfeil at barnet ikke hadde fått forklare seg også for dommerne i lagmannsretten i forbindelse med kjæremålssaken.

5.5 Lagmannsrettsdommer 1996-2003

I denne perioden fant jeg 10 lagmannsrettsdommer i kategorien barnefordeling og samvær, hvor barns uttalelsesrett etter barneloven § 31 var et sentralt tema. I fire av dommene ble det lagt vekt på barnets mening, som i denne dommen;

LA-1997-00239. Agder lagmannsrett – dom.

Sammendrag: Saken gjelder tvist om daglig omsorg og samværsrett til partenes to felles barn. På grunn av mors alkoholmisbruk hadde kommunen overtatt omsorgen for barna. Mor reiste sak for å få tilbake omsorgen. Ved herredsrettens dom fikk mor den daglige omsorg mens far skulle ha vanlig samværsrett. Hans anke for å få den daglige omsorg førte ikke frem. Lagt til grunn at mors livssituasjon var vesentlig endret. Hun lever i et stabilt samboerforhold med en annen mann og misbrakte ikke lenger alkohol. Konkret vurdering av hva som var til barnets beste. Barna C og D er henholdsvis 10 og 7 år gamle.

Lagmannsretten uttaler blant annet i dommen: *«Mor bruker ikke lenger alkohol og hun har brutt med sitt tidligere miljø. Hun representerer i dag et trygt og godt hjem for barna. C er tilbake i sin gamle skole hvor han trives svært godt. Han føler seg langt tryggere, og det*

går bra for ham på skolen. Mens han før kunne være vanskelig i pressede situasjoner, er han i dag rolig og avbalansert. Også D fungerer mye bedre nå.

Samværet med far har i perioder fungert bra, i andre perioder mindre bra. C har nå motsatt seg samvær med far. Han trives ikke på X, hvor han må være ute mens far sitter inne og ser på tv. Far kan være meget bestemt og ta avgjørelser uten å begrunne disse for barna. Han kan også være voldsom og brutal mot barna, og har ved flere anledninger slått dem. C har fortalt om slike episoder. Ved en anledning ble han slått i hodet med en stålkniv fordi han ved et uhell slo ut et glass melk.

*Slike episoder som nevnt ovenfor kan forklare at C nå ikke lenger vil ha samvær med sin far. **Barnas eget ønske må tillegges betydning, selv om de er små.** C er dog nå 10 år gammel. Hadde han vært to år eldre ville han hatt rett til å uttale seg, og det måtte da ha blitt lagt stor vekt på hans mening, jfr. Barneloven § 31 annet ledd. Det må nå telle i mors favør at **begge barna både i herredsretten og senere har uttalt at de helst vil bo hos sin mor.***

Dommen er enstemmig.

I 5 av dommene valgte lagmannsretten derimot å ikke legge vekt på barnas synspunkter. Her er en av disse avgjørelsene;

LG-1998-01567. Gulating lagmannsrett – dom.

Innledningsvis må det bemerkes at dette er en svært lang og innviklet dom, og det er kun korte utdrag av den som brukes.

Sammendrag: Daglig omsorg/samværsrett for en snart 14 år gammel gutt, C, som etter bruddet mellom foreldrene i februar 1995, hadde bodd hos sin far, A. Mor, B, hadde ikke hatt samvær med gutten på ca 4 år, noe som måtte bebreides far. Gutten var nå i sterk opposisjon til sin mor, og ønsket uttrykkelig å bo hos faren. På tross av dette tilkjente lagmannsretten moren den daglige omsorgen.

Utdrag fra dommen: «Det er på det rene at C har utviklet store psykiske problemer etter samlivsbruddet. Byretten har redegjort for problemene i forhold til Z skole. Problemene var

slik at rektor overveide å sende bekymringsmelding til barnevernet. Slik lagmannsretten ser det var ikke minst As håndtering av konflikten med på å tilspisse forholdet.

Etter byrettens avgjørelse har gutten hatt samarbeid med psykolog Ravndal hvor hovedformålet med Ravndals arbeid er både å støtte C i den vanskelige situasjonen han er oppi i og å prøve å motivere han for samvær med moren. Ravndal er ikke sakkyndig i saken. Lagmannsretten sier videre i sin dom; «*Mye tyder på at C har vært involvert i foreldrenes konflikt mer enn vanlig er i slike saker. Som eksempler på involvering kan nevnes at A har latt ham lese saksdokumenter. A opplyste dette i rettsmøte i desember 1995 og også C har ved flere anledninger bekreftet dette. I samtale med psykolog Ravndal har C nå sagt at han fikk hodepine da han så hvem som skulle være vitner i saken for lagmannsretten. Hans motvilje mot den sakkyndige skal bl.a. være basert på at den sakkyndige ikke har referert ham riktig. Han må enten ha lest den sakkyndiges vurdering eller blitt fortalt innholdet i vurderingen. Det pekes også på at C, etter å ha gitt uttrykk for at han hadde vært glad i sin mor, kom tilbake til psykolog Ravndal og på eget initiativ tilbakeviste denne uttalelse. Uttalelsen var referert i barnevernsnemdas utredning. Lagmannsretten ser ikke bort fra at C har tilbakevist uttalelsen etter at A hadde fått kjennskap til uttalelsen. Uansett må sistnevnte hendelse sees som utslag av det presset C er under. Lagmannsretten har grunn til å tro at saken mot mor aktivt, systematisk og fortløpende har vært diskutert med C. Sammen med As oppførsel og uttrykte holdning mot mor når hun møter til samvær er dette med på å undergrave mors autoritet. Forholdet må sies å være graverende.*

*Slik lagmannsretten ser det, er C's steile og fiendtlige holdning til mor først og fremst en følge av isolering fra mor kombinert med aktiv involvering i saken og undergraving av mors autoritet gjennom de holdninger far bevisst eller ubevisst formidler. I dommersamtalene ga C uttrykk for de samme holdninger som A. Budskapet var at han ikke ønsket samvær med mor, og at han nå måtte få fra henne. **Under disse omstendigheter kan Cs ønske om å bo hos far ikke tillegges betydning.***

Selv om de kortsiktige skadevirkningene ved en overføring til mor vil være omfattende, vil en overføring innebære håp om at C kan hjelpes. Lagmannsretten legger avgjørende vekt på at B har forståelse for Cs problemer og at hun derfor er den som best er i stand til å hjelpe ham. Avgjørelsen har vært vanskelig, men etter en samlet vurdering har lagmannsretten kommet til at B skal ha den daglige omsorgen for C.

Dommen er enstemmig.

I RG 2001 – 1388 (Eidsivating lagmannsrett- kjennelse) ble kjennelsen opphevet da lagmannsretten finner at det foreligger en saksbehandlingsfeil ved at retten ikke har forsikret seg om at barnas mening var innhentet før rettsforliket ble inngått.

5.6 Høyesterettsdommer 1995-2003

I denne perioden fant jeg frem til i alt sju Høyesteretts avgjørelser hvor barns uttalerett i barnefordelingstvister sto sentralt.

I kun en av disse avgjørelsene ble barnas synspunkter vektlagt ved avgjørelsen.

Rt 1997 797. Norges Høyesterett – dom.

Sammendrag: Moren fikk beholde den daglige omsorg for døtre på henholdsvis 12 ½ (C) og 10 år (D). De hadde nå i snart åtte år bodd sammen med moren. Det hadde gjennom årene vært problemer i forbindelse med utøvelsen av samværsretten, noe som blant annet hadde sin grunn i morens sterke uvilje mot faren. De underordnede retter hadde i samsvar Med den sakkyndiges råd avsagt dom for at faren skulle overta omsorgen.

Utdrag fra dommen: *«C har nådd en alder som tilsier at det skal legges stor vekt på det hun mener når omsorgsspørsmålet skal avgjøres, se barneloven § 31 annet ledd. I og med at de to søstrene er svært knyttet til hverandre, vil det ikke være noen aktuell løsning å skille dem. Dermed får C's standpunkt indirekte også betydning for D. I dette tilfeller er som nevnt de to barnas syn på omsorgsspørsmålet sammenfallende. **Det er barnas alder på domstidspunktet som i denne forbindelse må være avgjørende.** At de under behandlingen ved de tidligere instanser hadde en alder som tilsa at deres oppfatning ikke burde veie så tungt som i dag, kan ikke tillegges betydning.»*

Dommen er enstemmig.

I to av Høyesterettsavgjørelsene ble det ikke lagt vekt på barnets mening.

Rt 1998 857. Høyesteretts kjæremålsutvalg – kjennelse.

Sammendrag: Midlertidig avgjørelse om daglig omsorg og samvær etter barneloven § 38. Selv om barnet var 15 ½ år gammelt ble det ikke lagt avgjørende vekt på barnets ønske. Om barnets syn blir avgjørende for sakens utfall, vil bero på en konkret vurdering, jfr. Barneloven § 31 annet ledd.

Far, A, og mor, B, har fem barn sammen. Far fikk etter samlivsbruddet daglig omsorg for barna. Etter at det eldste barnet, C, var på besøk til moren valgte det å ikke returnere til sin far.

Utdrag fra dommen: *«Mindretallet oppfatter barneloven § 31 annet ledd slik at det vil variere med omstendighetene hvor stor vekt som skal legges på barnets mening. Dreier det seg om barn som er nærmere 16 år eller eldre, som har tatt et klart valg ved å flytte til en av foreldrene og etablere et nytt og tilfredsstillende miljø der, må det etter mindretallets oppfatning legges avgjørende vekt på barnets mening med mindre det foreligger særlige omstendigheter som tilsier at det ikke bør tas hensyn til den.*

Lagmannsretten har, overensstemmende med lovens formulering, gitt uttrykk for at det må legges stor vekt på C's mening. Flertallet i retten har imidlertid funnet at vesentlige hensyn likevel tilsier at han tilbakeføres til barndomshjemmet i Y. Som det fremgår av et utvalgets flertall siterer fra lagmannsrettens kjennelse, er det pekt på at han har hatt et stabilt bomiljø og et stabilt forhold til barne- og ungdomsskolen i området. Videre vises det til en psykologfagkyndig uttalelse som er svært positiv i forhold til fars omsorgsevne og som ikke finner holdepunkter for å anta at søskenflokken vil få det bedre ved å skilles. Lagmannsretten gir uttrykk for at det ikke foreligger opplysninger om forhold av negativ karakter knyttet til det samlede miljø for C i Y.»

Kjennelsen er avsagt under dissens

I fire av dommene fikk ikke barna anledning til å bruke uttaleretten:

Rt 1995 1071: Både byretten og lagmannsretten avsa kjennelse uten å høre gutten. At lagmannsretten valgte å behandle saken på denne måten, anføres å være en saksbehandlingsfeil som har hatt avgjørende betydning for sakens utfall slik at de underordnede retters kjennelser må oppheves og saken behandles på nytt.

I Rt 1996 1566 kom høyesterett til at det ikke forlås saksbehandlingsfeil ved at barna ikke var hørt, da barnas standpunkt var velkjent.

I Rt 1999 1183 ble lagmannsrettens kjennelse opphevet på grunn av manglende innhenting av 12 år gammelt barns synspunkter.

I Rt 1999 1830 ble det ikke ansett som en saksbehandlingsfeil at barna ikke var tilstrekkelig hørt. Retten anførte at de hadde et klart nok syn av barnas mening til å treffe en avgjørelse. Disse synspunktene fremkommer via forklaringer fra parter og vitner. Valget om å ikke ha en utvidet høring av barna ble begrunnet i at barna skulle få slippe belastningen av foreldrenes konflikt.

5.7 Lagmannsrettsdommer 2004-2009

I 17 av i alt 29 lagmannsrettsdommer i senere tid la lovanvender vekt på barnets synspunkter. Dette er avgjørelser tatt etter lovendringen i barnelovens § 31 som trådte i kraft i 2004, da aldersgrensen ble senket fra 12 til 7 år.

Sammendrag: Lagmannsretten kom til – som tingsretten – at en elleve år gammel gutt skulle bo fast hos far. Han hadde vært konsekvent med hensyn til sitt standpunkt.

Samværet ble utformet i tråd med guttens ønsker. Konkret avgjørelse.

Utdrag fra dommen: *«Under samtalen med gutten, C, fastholdt han at han ønsket å bo hos sin far på X. Han ønsker ikke skole- og miljøskifte. Han trives meget godt i det miljøet han nå vokser opp både sammen med venner og hjemme hos far.*

*C fremstår for lagmannsretten som en selvstendig og reflektert gutt hans alder tatt i betraktning. **Han fyller 12 år i år. Det må legges betydelig vekt på hva han selv ønsker når det gjelder valg av fast bosted, jfr. Barneloven § 31 annet ledd.***

Dommen er enstemmig

I 9 av dommene valgte dommerne derimot å ikke vektlegge barnets mening.

LH – 2008 - 117073

Sammendrag: Lagmannsretten kom til at det forelå særlige grunner for å endre et rettsforlik fra 2000 som bestemte at partenes fellesbarn skulle bo fast hos far med samvær for mor. Fra juni 2006 ble det ikke gjennomført samvær. Det var ingen grunn til å tro at samvær med mor ville komme i stand på frivillig grunnlag med bistand fra far. Det var overvekt av sannsynlighet for at en flytting ville medføre fordeler for barnet, og samlet sett var det til barnets beste å bo fast hos mor og ha samvær med far. Barnet, som var 13 år, ville bo fast hos far, men barnets ønske ble ikke tillagt avgjørende vekt.

Utdrag fra dommen: *Lagmannsretten er i all hovedsak enig med tingsretten når det gjelder vurderingen og vektleggingen av Cs ønske om å bli boende fast hos faren. Dette ønsket må ses i sammenheng med fars mangeårige motvilje mot mor, noe som har preget Cs syn på henne. I den samlede vurderingen framstår hans ønske ikke å være til hans beste, sml. også Smith og Lødrup: Barn og foreldre, 7. utgave (2006), side 150-151. Cs mening kan samlet sett ikke tillegges avgjørende vekt.*

Når lagmannsretten er i tvil om resultatet, skyldes det først og fremst Cs uttrykte motstand mot å flytte til sin mor, og de vanskeligheter som kan oppstå i forbindelse med og etter flytting. Det er en nærliggende mulighet for at flytting må skje ved tvang. Den sakkyndiges

vurdering var at gjennomføringen av flyttingen kan bli krevende, og at det er vanskelig å forutse reaksjoner hos C og hans far ved tvangsflytting. Den sakkyndige uttalte også at hun nå var mer usikker på hvordan man skal få det til enn hun var ved tingsrettens behandling av saken. Hun fastholdt likevel konklusjonen om at C bør flytte til sin mor. Lagmannsretten deler den sakkyndiges bekymring og vurdering, og situasjonen bør søkes avhjulpet på ulike måter etter flytting og i forbindelse med samvær. Det kan være behov for bistand utenfra til planlegging og gjennomføring av samvær, slik også tingsretten er inne på i sin avgjørelse.

Dommen er enstemmig.

I LH – 2006 – 126413: det forelå saksbehandlingsfeil da to barn på 14 og 16 år ikke fikk sagt sin mening etter barneloven § 31. tidligere avgjørelse ble opphevet.

I LG -2009 – 058777 ble tingsrettens kjennelse opphevet da barna ikke var hørt forut for avgjørelsen. Det forelå saksbehandlingsfeil.

I LF 2009 – 047511 ble det ikke ansett som saksbehandlingsfeil at barnet ikke var hørt før det ble tatt avgjørelse i saken. Gutten på snart 8 år var svært traumatisert etter å ha vært vitne til begge foreldrenes død under dramatiske omstendigheter.

I perioden 2004-2009, altså etter at endringene i barneloven § 31 var foretatt, sto barns uttalerett sentralt i fem av sakene som var lagt ut på rettsdata. I kun en av disse sakene ble barnets mening vektlagt;

Rt 2007 376. Norges Høyesterett – dom.

Sammendrag: Saken gjaldt spørsmål om hvem av foreldrene en gutt på tolv år, C, og en jente på ni år, D, skulle ha fast bosted hos. Under henvisning til at avgjørelsen skal skje ut fra hva som er best for barnet, jfr. Barneloven § 48, jfr. § 36 kom Høyesterett til at barna skulle bo hos mor, A. Det ble lagt avgjørende vekt på barnas ønsker.

Utdrag fra dommen: *"Etter barnelova § 31 skal barnas egen mening vektlegges, avhengig av alder og modenhet. Er barna tilstrekkelig store, og det viser seg at de fastholder sin mening over tid, **er det riktig å legge avgjørende vekt på deres mening**, jfr. Rt-1990-699. Både C og D har i flere år konsistent gitt uttrykk for et ønske om å bo hos mor. C er gammel nok til å bestemme selv. Partene er enig om at søsknene ikke skal skilles, og D må da følge ham, noe hun også ønsker. Ønskene er greit formidlet til psykolog Kvaale, som også har bygget på uttalelser fra barnas kontaktlærere. Det er intet grunnlag for å anta at A har påvirket barna.*

Dommen er enstemmig.

I en av sakene ble barnets ønske ikke tillagt vekt.

Rt 2005 682. Norges Høyesterett – dom.

Sammendrag: Saken gjaldt spørsmål om daglig omsorg og samværsrett for ti år gammel jente. Selv om jenta ønsket å bo hos moren, ga Høyesterett faren den daglige omsorgen. Det ble blant annet lagt vekt på at denne løsningen ga best mulighet for stabilitet og kontakt med foreldrene.

Utdrag fra dommen: *"at endring i daglig omsorg går i mot det C sterkt har gitt uttrykk for som sitt ønske, har gjort avgjørelsen vanskelig. Hun er en ganske stor jente nå, og hennes meninger har betydning. Men ut fra det totalbilde denne saken gir, ville det etter min mening **ikke være riktig overfor C å la hennes ønske i dag være avgjørende.***

I Rt 2004 – 811 ble barnet ikke hørt, jfr. oppgaven punkt 4.1.3.

I Rt 2005 – 1693 ble barnet ikke hørt. Retten fastslo at det ikke forelå saksbehandlingsfeil da 10 år gammelt barn med modningsnivå på 5 år ikke var hørt.

I Rt 2006 – 929 ble det fastslått at unnlatelse av å la gutt på 15 år uttale seg for lagmannsretten utgjorde en saksbehandlingsfeil som kunne ha virket inn på resultatet.

5.9 Oppsummering rettsutvikling

Barneloven § 31

Når et gjelder oppsummering av rettsutviklingen til barneloven § 31, har jeg valgt å gjøre dette i takt med at jeg ser på hvilken vekt den er gitt sett i lys av andre momenter når avgjørelser i barnefordelingssaker er tatt.

Som det overordnede prinsipp skal enhver avgjørelse som blir tatt i forbindelse med saker om barnefordeling bunne ut i hva som er det beste for barnet. I oppgavens punkt 2.1 har jeg redegjort for hvilke momenter som skal være med i vurderingen for å komme frem til hva som er barnets beste i det enkelte tilfellet.

Jeg vil i det følgende se på hvor stor gjennomslagskraft barns uttalerett etter barnelovens § 31 har hatt i forhold til de øvrige momentene i rettsavgjørelser fra 1980-tallet og frem til dags dato. Undersøkelsens datagrunnlag er det samme, jfr. oppgavens pkt 6.2.1.

I både lagmannsretts- og Høyesterettsavgjørelsene fra perioden 1980-1994 ble det i 70-80 % av tilfellene lagt stor vekt på barnets mening, da retten fant at det å vektlegge barnets ønske var i best overensstemmelse men hva som ville være det beste for barnet.

I de avgjørelsene hvor barns synspunkter ikke ble tillagt vekt anførte retten at andre momenter måtte prioriteres for å komme frem til en løsning som i størst grad ivaretok barnets beste prinsippet. I denne perioden ble det å ikke fravike status

quo-prinsippet særlig vektlagt, men også prinsippet om tilknytning og best samlet foreldrekontakt ble et avgjørende moment i enkelte avgjørelser.

Når det gjelder lagmannsrettsdommer fra perioden 1995-2003 valgte retten i 60 % av tilfellene og hele 75 % av Høyesterettsavgjørelsene, å ikke tillegge barnets mening vekt.

De gjennomgående momenter i dem saker hvor uttaleretten ikke ble tillagt vekt var for det første å ikke fravike status quo-prinsippet, men i mange av sakene ble det også lagt vekt på at barna var for unge til å uttale seg. Det er viktig å huske at aldersgrensen etter barneloven § 31 på dette tidspunktet fortsatt var 12 år.

Det er særlig interessant å se på rettsavgjørelsene i perioden 2004 til dags dato, da disse er vedtatt etter at de nye saksbehandlingsreglene i barneloven er tatt i bruk og aldersgrensen for barns uttalerett etter barneloven § 31 er senket fra 12 til 7 år.

I lagmannsrettsavgjørelsene fra denne perioden ble barnets mening tillagt vekt som avgjørende moment i avgjørelsen i 59 % av tilfellene. Når det gjelder Høyesterettsavgjørelsene er det svært varierende hvordan man velger å vektlegge barns uttalerett, og sett i lys av andre moment er det vektlagt som avgjørende moment i 50 % av sakene.

I sakene hvor barns uttalerett ikke er tillagt vekt, er det ikke de samme momenter som i de tidligere tidsepokene som har vært avgjørende. De momentene som har blitt vurdert å få forrang for uttaleretten slik at avgjørelsen vil være i best samsvar med barnets beste prinsippet er for det første at det foreligger «særlige grunner» til at barnets mening ikke kan tillegges vekt, videre at det er innlysende at barnets mening har utspring i press/påvirkning fra andre og til slutt at barna har vært for

ung. Når det gjelder sistnevnte moment vil det etter det nye regelverket bety barn som er under sju år.

Rettsutvikling barneloven § 61 nr. 5

Når det gjelder barneloven § 61 nr. 5 er det vanskelig å si noe særlig om rettsutviklingen, da dette er en relativt ny rettsregel som i tillegg blir brukt kun i særlige tilfeller. I følge Anne Marie Selvaag ved Trondheim tingrett foreligger det ingen statistikk når det gjelder saker som spesifikt gjelder denne saken. Her må man gå manuelt inn å telle. Av de i alt 60 sakene jeg fikk tilgang på av barnefordelingssaker som omhandlet barneloven § 61, var reglenes punkt 5 kun brukt i 4 av sakene. Dette utgjør 6,7 %.

Det blir spennende å følge denne regelens utvikling videre.

6. RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER

Gjennom arbeidet med oppgaven har jeg lært at barns rettigheter, og da særlig for denne oppgaven -barns uttalerett- har fått en sterkere rett de senere årene. Dette står i nær sammenheng med inkorporeringen av barnekonvensjonens regler i norsk rett.

Det blir nå lagt større vekt på at barnet er et selvstendig individ med rettigheter og plikter, og ikke minst barnets menneskeverd.

6.1 Rettssikkerhet

Når det gjelder barnets rettssikkerhet i forhold til uttaleretten i barneloven § 31, vil jeg stille spørsmålstegn om den er tilstrekkelig ivaretatt. Jeg henviser da særlig til selve gjennomføringen av samtalen med barnet. På tross av at det finnes visse retningslinjer om hvordan samtalen med barnet bør utarte seg, jeg viser da til barneloven § 61 nr. 4 og veileder Q-15/2004 som jeg har behandlet under oppgavens punkt 4.1.1 og 4.1.2, er det likevel mye som tyder på at praksis på hvordan dette gjøres er svært varierende.

For det første er det har man spørsmålet om når i rettsprosessen barnet skal involveres. Bør dette skje på et tidlig stadie, eller bør man vente så lenge som mulig for og i størst mulig grad skåne barnet. Dette har slik jeg har sett det ikke blitt tatt stilling til.

Heller ikke er det fast avklart hvor samtalen mellom dommer/sakkyndig og barnet skal foregå. Det sies at hos de minste bør samtalen finne sted i tryggheten i barnets hjem, mens etter hvert som barnet blir større kan samtalen være på dommerens kontor. Problemet er at det å være i hjemmet ikke alltid vil være en

trygg og god løsning. Sett at et barn har et sterkt ønske og behov for å få uttrykt sine meninger og ønsker vedrørende hvem av foreldrene det ønsker å bo hos etter samlivsbruddet. Så kommer sakkyndige på besøk og skal innhente barnets syn. I samme hus, ja kanskje til og med i naborommet, sitter barnets far, som er en svært streng og dominerende person. Barnet føler seg veldig underkuet sin far, og er tidvis redd ham. Barnet vet at det er svært lytt i huset, og sannsynligheten for at barnet tørr å gi uttrykk for hva han eller hun egentlig tenker og føler er lite sannsynlig.

Videre er min mening at inkonsekvens i rettsanvendelsen er med på å undergrave barnets rettssikkerhet. Til tross for at barns rettsstilling har en mye sterkere posisjon nå enn tidligere, er varierende vektlegging av barns meninger i avgjørelser om fast bosted og samvær fortsatt fremtredende. Dette tydeliggjorde jeg i punkt 5.8 hvor jeg fremla høyesterettsdommer etter at aldersgrensen for uttaleretten var blitt senket til sju år, og retten fortsatt i halvparten av sakene valgte og ikke å legge vekt på barnets meninger.

Det jeg likevel ser på som mest skremmende er det også i de senere år er saker hvor man har utelatt i det hele å høre barnet, og det varierer fra tilfelle til tilfelle om retten ser på dette som en saksbehandlingsfeil. For meg virker det som om det i realiteten ikke eksisterer noen fast rutine for at barnet skal få uttale seg.

Det kan også forkomme problemer ved at de som er ansvarlig for å innhente barnets synspunkter har dårlig og eller manglende kompetanse på området, og at barnet som resultat av dette faktisk ikke kommer til orde. I verste fall kan dårlig tilrettelegging av situasjonen og mangel på informasjon føre til at foreldrenes synspunkter og tilstand overskygger barnas meninger og følelser.

6.2 Hvordan bør uttaleretten styrkes

Dersom barns rettssikkerhet skal ivaretas må for det første de lovfestede garantier gjennomføres i praksis.

Det bør innføres faste rutiner på når man skal prate med barnet, og ikke minst hvor og hvordan dette skal foregå. Dette er viktig for at barn skal få en konsekvent anledning til å uttale seg. Retningslinjene som eksisterer per i dag sier kun noe om hva man bør si under selve samtalen, og slik jeg ser det er det viktigere å ha faste rutiner på «rammen rundt» selve samtalen for å styrke barns rettssikkerhet.

Videre kan det virke som om lovgiver og lovanvender bør gå sammen for å finne en løsning på hvordan lovverket skal tolkes og anvendes. Det er per dags dato ikke holdbart i forhold til barns rettssikkerhet at saksutfallet kan variere i så stor grad fra en sak til en annen, da sakens anliggende i utgangspunktet er nokså lik. Dersom en endring i ordlyden av en eller flere regler, er nødvendig for å i større grad få en samkjørt rettsanvendelse, bør dette på det sterkeste vurderes.

Når det gjelder mangel på kompetanse ble allerede i forarbeidene påpekt av departementet at det ville være viktig å utarbeide retningslinjer for praktiseringen av uttaleretten og at det da burde vurderes om det var behov for kompetanseheving på området. Dette kunne være i form av at det for eksempel ble utviklet modeller for høring av små barn slik at man kunne oppnå ønsket effekt.

Når det gjelder regelen om barns rett til representant i barneloven § 61 nr.5, mener jeg at ordlyden i bestemmelsen bør endres slik at den gjelder i alle barnefordelingssaker, og ikke bare i særtilfeller. Jeg tror at dersom et barn automatisk fikk oppnevnt en advokat, eller annen representant, i enhver barnefordelingssak som ikke ender i forlik, ville dette være med på å forsterke at barns egentlige meninger kommer frem. Som beskrevet tidligere i oppgaven er

ikke denne representanten part i saken, og han har i motsetning til en dommer eller sakkyndig taushetsplikt overfor barnet. Det å vite at alt man sier blir hos vedkommende, kan være til stor hjelp for barnet. Ofte kan det være enklere å sortere tanker og følelser dersom barnet først kan si alt det tenker og føler og vite at dette er konfidensielt. En representant kan fungere som en rådgiver, og ikke minst som en viktig støtteperson for et barn som står svært alene i en konflikt mellom foreldrene.

6.3 Ubetinget uttalerett for barn under 7 år

Det ble i forbindelse med inkorporeringen av barnekonvensjonen tatt opp til diskusjon om uttaleretten burde være betinget av alder eller ikke. Komiteens mindretall så kritisk på at det skulle settes en aldersgrense for når barn skulle få informasjon og ikke minst uttale seg om personlige saker. Mindretallet anførte at ethvert barn burde ha disse rettighetene ubetinget av alder, og at Norge dessuten imøtekommer barnekonvensjonens krav bedre ved ikke å sette noen aldersgrense.

Elisabeth Gording Stang har argumentert for at det burde bli satt en 4-års grense. Blant annet har hun poengtert at hun finner det vanskelig å forstå hvordan man finner ut om barn under sju år er i stand til å danne seg egne synspunkter dersom man ikke skal høre barnet først.⁴¹

Dette sier jeg meg enig i, og det er også litt spesielt at vi i Norge anser et barn for å være modent nok til å begynne sin skolegang i en alder av 6 år, men det er ikke modent nok til å uttale seg om personlige anliggende før et år senere.

⁴¹ Elisabeth Gording Stang 2007, s. 112-115

Barnehagebarn er dessuten gitt anledning til å *gi uttrykk for sitt syn på barnehagens daglige virksomhet,*⁴² og *barnets synspunkter skal tillegges vekt i samsvar med dets alder og modenhet.*⁴³ Til tross for at denne loven ikke besitter noen aldersgrense må man ta for gitt at dette gjelder barn i aldersklassen 0-6 år.

Dersom man senker aldersgrensen til 4 år, vil dette føre til en økt rettssikkerhet for de over 4, men det vil fremdeles eksistere et problem for de som befinner seg i alderen 0-4 år. En ide kan være å fjerne aldersgrensen i bestemmelsen, forutsatt at det må foreligge svært sterke retningslinjer for hvordan man skal forholde seg til innhenting av synspunkter hos så små barn.

⁴² Barnehageloven § 3, første ledd

⁴³ Barnehageloven § 3, tredje ledd

7. AVSLUTTENDE ORD

I løpet av mitt arbeid med denne oppgaven har jeg innsett hvor viktig og ikke minst riktig det er at barn gjennom lovverket er gitt en rett til å uttale seg i saker om personlige forhold.

Det som likevel slår meg er at barns mening blir vurdert som et av flere moment når man skal komme frem til en avgjørelse som er til barnets beste. Å ikke tillegge barns mening vekt vil etter mitt syn aldri være i samsvar med det som er best for barnet. Så lenge man er sikker på at det er barnets oppriktige mening -uten bevisst eller ubevisst påvirkning- som kommer frem, bør det foreligge svært sterke grunner for at man ikke skal tillegge den avgjørende vekt. Respekt er noe alle mennesker i utgangspunktet fortjener, også barn. Og ved å ikke ta hensyn til hva et barn mener og ønsker, viser man heller ikke barnet respekt. Slik jeg ser det må barns uttalerett for enhver pris ikke undergraves. Fokus fremover må derfor være å finne den beste måten å ivareta den.....

8. LITTERATURLISTE

- Gunn Mari Kjølborg og Sigrid Redse Johansen, "Barnefordelingstvister" Håndbok i barnerettslige emner. Fagbokforlaget 2006
- Gudrun Holgersen, "Barnerett." Høyskoleforlaget 2008
- Lucy Smith og Peter Lødrup, "Barn og foreldre." Gyldendal Norsk Forlag AS 2006, 7. Utgave
- Kirsten Sandberg, "Barnets beste," om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet. Ad Notam forlag AS 1990, 3. Opplag 1997
- Kristin Skjørten, "Samlivsbrudd og barnefordeling." Gyldendal Norsk Forlag As 2005
- Inge Lorange Backer, "Barneloven kommentarutgave." Universitetsforlaget 2008
- Elisabeth Gording Stang, "Det er barnets sak." Universitetsforlaget 2007
- Trude Haugli, "Samværsrett i barnevernsaker." Universitetsforlaget AS, 2. Utgave 2000
- Redd Barna, "Barnekonvensjonen – rettigheter for barn i Norge." Tano 1993

Andre kilder

- www.rechtsdata.no. Gyldendal Rettsdata
- www.domstol.no Film om barnefordelingssaker; "Konflikt og forsoning"
- Lucy Smith, Tidsskrift for Familie, -arverett og barnerettslige spørsmål (FAB), 2004 (nr 3-4) s. 223
- Knut Lindboe, Tidsskrift for Familie, -arverett og barnerettslige spørsmål (FAB), 2003 s. 115
- Nils Dalseide, Tidsskrift for Familie, -arverett og barnerettslige spørsmål (FAB), 2004 s. 172
- FN's barnekonvensjon – fra visjon til kommunal virkelighet. Et informasjonshefteutarbeidet av Senter for menneskerettigheter (SMR) ved det Juridiske fakultet ved Universitetet i Oslo på oppdrag fra Barne- og familiedepartementet (BFD)

Offentlige dokumenter

- NOU 1977:35
- Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) Om lov om endringer i barnelova mv.
- Ot.prp. nr 103 (2004-2005) Om lov om endringer i barnelova mv.
- Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) Om lov om endringer i menneskerettsloven mv.
- Innst. O. nr 92 (2002-2003) Om lov om endringer i menneskerettsloven mv.

- Innst. O. nr. 30 (1980-81)

Lovgivning

- Barneloven, 8.april 1981 nr. 7 Lov om barn og foreldre
- Barnehageloven, 17.juni2005 nr. 64 Lov om barnehager

Domsregister

- Rt 1984 1407 Norges Høyesterett
- Rt 1986 709 Norges Høyesterett
- Rt 1989 320 Norges Høyesterett
- Rt 1989 489 Norges Høyesterett
- Rt 1990 699 Norges Høyesterett
- Rt 1995 1071 Norges Høyesterett
- Rt 1996 1566 Norges Høyesterett
- Rt 1997 797 Norges Høyesterett
- Rt 1998 857 Norges Høyesterett
- Rt 1999 1183 Norges Høyesterett
- Rt 2004 811 Norges Høyesterett
- Rt 2005 682 Norges Høyesterett
- Rt 2005 1693 Norges Høyesterett
- Rt 2006 929 Norges Høyesterett
- Rt 2007 376 Norges Høyesterett

- RG 1990-95 Eidsivating lagmannsrett
- LE 1993-03047 Eidsivating lagmannsrett
- LA 1997-00239 Agder lagmannsrett
- LG 1998-01507 Gulating lagmannsrett
- RG 2001-1388 Eidsivating lagmannsrett
- LH 2006-126413 Hålogaland lagmannsrett
- LB 2008-045656 Borgarting lagmannsrett
- LH 2008-117073 Hålogaland lagmannsrett
- LF 2008-171602 Frostating lagmannsrett
- LG 2009-058777 Gulating lagmannsrett

